

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO  
DOUTORADO EM DIREITO

JOSÉ EDUARDO LOURENÇO DOS SANTOS

**PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO RACIAL PELA *INTERNET*: LEGITIMIDADE  
DA INCRIMINAÇÃO**

CURITIBA  
2013

JOSÉ EDUARDO LOURENÇO DOS SANTOS

PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO PELA *INTERNET*: LEGITIMIDADE DA  
INCRIMINAÇÃO

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito – (Área de concentração: Direito do Estado; Linha de Pesquisa: Direito, Poder e Controle Social), Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos.

CURITIBA  
2013

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos.

Preconceito e discriminação pela *Internet*: legitimidade da  
incriminação / José Eduardo Lourenço dos Santos. – Curitiba, 2013.  
268 f.

Orientador: Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná,  
Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Liberdade. 2. Igualdade. 3. Tutela penal. 4. *Internet*. 5. Raça. 6.  
Preconceito. 7. Discriminação. I. Ramos, João Gualberto Garcez. II.  
Universidade Federal do Paraná.

CDD: 340.0285

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

JOSÉ EDUARDO LOURENÇO DOS SANTOS

### **PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO PELA *INTERNET*: LEGITIMIDADE DA INCRIMINAÇÃO**

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná (Área de concentração: Direito do Estado; Linha de Pesquisa: Direito, Poder e Controle Social), pela seguinte banca examinadora.

---

Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos  
Orientador – Departamento de Direito, UFPR

---

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado  
Departamento de Direito, UNIVEM

---

Prof. Dr. Gilberto Giacóia  
Departamento de Direito, UENP

---

Prof. Dr. Paulo César Busato  
Departamento de Direito, UFPR.

---

Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni  
Departamento de Direito, UFPR.

CURITIBA, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2013.

Aos meus genitores, Álvaro Lourenço dos Santos e Vivânia Pegolo dos Santos, ausentes fisicamente nesse momento, pelas lições de vida que me deixaram.

À minha querida esposa Alexandra e meus amados filhos Eduarda e Álvaro, pelos momentos que os privei de minha companhia e ao apoio constante e incondicional.

A um Ser superior pelo dom da vida e pela força para enfrentar os percalços surgidos durante esta jornada.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao final desses anos de Doutorado, difícil realizar os agradecimentos com receio de se esquecer de alguém.

Preliminarmente a minha esposa Alexandra por todo o apoio e crédito a mim dado, juntamente com meus filhos Eduarda e Álvaro, pela paciência e por enfrentarem minhas ausências.

Agradeço particularmente ao Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos, profissional de características inquestionáveis e ser humano como poucos que já conheci até a presente data, que me guiou nos primeiros passos do conhecimento filosófico, responsável por mais uma etapa em minha formação acadêmica, pela paciência, incentivo, compreensão e confiança demonstrados.

Aos Professores da UFPR José Antonio Peres Gediél, Cesar Serbena, Clèmerson Merlin Clève, Katie Silene Cáceres Argüello, Abili Lázaro Castro de Lima e Luis Fernando Lopes, agradeço pelos debates e ensinamentos nas aulas e nas atividades do Programa de Doutorado.

Aos colegas de Pós-Graduação da UFPR, os quais não nominarei individualmente com receio de alguma falta

Aos funcionários da Pós-Graduação e à Coordenação do PPGD/UFPR, pelos valiosos serviços prestados.

Agradeço ao Centro Universitário Eurípides de Marília, UNIVEM, na pessoa de seu Magnífico Reitor Luis Carlos de Macedo Soares, pelo apoio incondicional, e em especial aos Professores Dr. Mário Furlaneto Neto, Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior e Dr. Edinilson Donisete Machado, pelo estímulo, incentivo e esforço em possibilitar minhas viagens para Curitiba com adaptação dos horários de minhas aulas de Direito Penal.

Finalmente agradeço ao Prof. Dr. Gilberto Giacóia por sempre acreditar que eu tinha condições de me tornar Doutor em Direito pela UFPR, e pelas palavras sábias e sempre muito bem colocadas nas horas difíceis, fraternalmente ditas. Considero um eterno amigo.

“É justa toda ação que por si, ou por sua máxima, não constitui o obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais”. - Immanuel Kant

“A sociedade histórica em que vivemos, caracterizada por uma organização cada vez maior em vista da eficiência, é uma sociedade em que a cada dia adquirimos uma fatia de poder em troca de uma falta de liberdade”. - Norberto Bobbio

“Vejo os homens se diferenciarem pelas classes sociais e sei que nada as justifica a não ser pela violência. Sonho ser acessível e desejável para todos uma vida simples e natural, de corpo e de espírito”.  
- Albert Einstein

## RESUMO

O estigma da raça com consequente preconceito e discriminação sempre estiveram presentes na história da humanidade, sendo que, modernamente, diante das Constituições Federais democráticas, questiona-se até que ponto a liberdade de expressão, um direito fundamental, pode servir como justificativa de tais práticas, e onde se encontra o limite imposto pelo direito fundamental de igualdade, amparado pela dignidade humana a limitar as manifestações de preconceito e discriminação racial, com a consequente resposta criminal, interferindo minimamente como forma de garantir este último direito. Essa discussão recebeu novo panorama diante do surgimento da *Internet*, veículo para o homem expressar livremente seus pensamentos, proporcionado pelos avanços tecnológicos. A presente pesquisa objetiva enfrentar esse paradigma de discriminação e preconceito e a atuação do direito criminal na proteção de bens jurídicos indispensáveis para uma vida social em condições mínimas suficientes de dignidade a um Estado Democrático de Direito. Assim, partindo-se de uma análise dos direitos fundamentais, com destaque para a liberdade e a igualdade, do direito criminal, do surgimento da rede mundial de computadores, até se alcançar a questão do preconceito e discriminação racial por meio da *Internet*, procura-se estabelecer determinado rigor metodológico e análise racional de atuação criminal diante da legislação nacional, para a tutela da igualdade, verificando que a legislação penal existente se mostra suficiente, necessitando de uma atualização quanto à questão da prova e da investigação.

Palavras-Chave: Liberdade. Igualdade. Tutela penal. *Internet*. Raça. Preconceito. Discriminação.



## **ABSTRACT**

The stigma of race with consequent prejudice and discrimination has always been present in human history. Lately, however, in face of the Democratic Federal Constitutions, one can even question to what extent freedom of expression, a fundamental right, can be used to justify such practices and where the limit imposed by the fundamental right to equality, which is supported by human dignity, that restricts demonstrations of prejudice and racial discrimination with a consequent criminal response that interferes the minimum as a way to ensure the latter right is drawn. This discussion has changed with the advent of Internet, vehicle promoted by technological advancements for mankind to express freely their thoughts. The present research aims to face this discrimination and prejudice paradigm and how criminal law has acted to protect legal rights that are fundamental for a social life with the minimum dignity required by a Democratic Rule-of-law State. Therefore, based on an analysis ranging from fundamental rights, with special focus on freedom and equality, criminal law, emergence of the World Wide Web to the question of prejudice and racial discrimination on the Internet, this research attempts to establish a certain methodological rigor and a rational analysis of criminal activity according to the national legislation to protect equality and verify that despite being adequate, the existing criminal legislation needs to be updated regarding proof and investigation.

Keywords: Freedom. Equality. Penal tutelage. Internet. Prejudice. Discrimination.

## RESUMEN

El estigma de la raza con consecuente prejuicio y discriminación siempre han estado presentes en la historia de la humanidad y, modernamente, ante las Constituciones Federales democráticas se cuestiona hasta qué punto la libertad de expresión – un derecho fundamental – puede servir como justificativa de tales prácticas y dónde se encuentra el límite impuesto por el derecho fundamental de igualdad, amparado por la dignidad humana a limitar las manifestaciones de prejuicio y discriminación racial, con la consecuente respuesta criminal, interfiriendo mínimamente como manera de garantizar este último derecho. Esa discusión ha incluido un nuevo panorama tras el surgimiento de *Internet*, vehículo proporcionado por los avances tecnológicos para que el hombre exprese libremente sus pensamientos. Este estudio tiene el objetivo de enfrentar ese paradigma de discriminación y de prejuicio y la actuación del derecho criminal en la protección de bienes jurídicos indispensables para una vida social en condiciones mínimas suficientes de dignidad a un Estado Democrático de Derecho. Así, partiendo de un análisis de los derechos fundamentales, con destaque para la libertad y la igualdad, del derecho criminal, del surgimiento de la red mundial de computadores y hasta alcanzar la cuestión del prejuicio y discriminación racial por medio de *Internet* se busca establecer determinado rigor metodológico y análisis racional de actuación criminal ante la legislación nacional, para la tutela de la igualdad, verificando que la legislación penal existente se muestra suficiente y que necesita de una actualización cuanto a la cuestión de la prueba y de la investigación.

Palabras Clave: Libertad. Igualdad. Tutela penal. *Internet*. Prejuicio. Discriminación.

## RIASSUNTO

Lo stigma della razza con conseguente preconcetto e discriminazione sempre sono stati presenti nella storia dell'umanità, essendo che, nel mondo moderno, davanti alle costituzioni federali democratiche, questionasi fino a che punto la libertà di espressione, un diritto fondamentale, può servire come giustificativa di tali pratiche e dove si trova il limite imposto dal diritto fondamentale dell'uguaglianza, appoggiato dalla dignità umana a limitare le manifestazioni di preconcetto e discriminazione razziale, con la conseguente risposta criminale, interferendo minimamente come forma di garantire quest'ultimo diritto. Questa discussione ha richiesto nuovo panorama davanti all'apparizione dell'*Internet*, veicolo all'uomo esprimere con libertà i suoi pensieri, proporzionato per i progressi tecnologici. La presente indagine obbiettiva affronta questo paradigma di discriminazione e preconcetto e attuazione del diritto criminale nella protezione di beni giuridici indispensabili per una vita sociale in condizioni minime sufficienti di dignità ad un alto grado democratico di diritto. Così, partendosi da un'analisi dei diritti fondamentali, con distacco per la libertà e l'uguaglianza del diritto criminale, dell'apparizione del preconcetto e discriminazione razziale attraverso dall'*Internet*, cercando stabilire determinato rigore metodologico ed analisi razionale di attuazione criminale davanti alla legislazione nazionale per la tutela dell'uguaglianza verificando che la legislazione penale che esiste si mostra sufficiente necessitando di un aggiornamento quanto alla questione della prova e dell'investigazione.

Parole-Chiave: Libertà. Uguaglianza. Tutela penale. *Internet*. Preconcetto. Discriminazione.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO À LIBERDADE E O DIREITO À IGUALDADE .....</b>	<b>16</b>
1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: ASPECTOS GERAIS .....	17
1.2 A LIBERDADE.....	33
1.2.1 Liberdade de Expressão.....	43
1.3 A IGUALDADE .....	55
1.4 O CONFLITO “APARENTE” ENTRE DIREITOS CONSIDERADOS FUNDAMENTAIS .....	66
1.4.1 A derrotabilidade normativa.....	69
1.4.2 A proporcionalidade entre direitos: uma questão de ponderação .....	74
1.4.3 A “paz ideal” .....	83
1.5 A LIBERDADE E A IGUALDADE NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO .....	86
<b>2 O ESTADO NO CONTROLE DA SOCIEDADE POR MEIO DO DIREITO PENAL .....</b>	<b>94</b>
2.1 O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL .....	95
2.1.1 Princípios penais: alguns apontamentos.....	124
2.1.2 Teorias sobre o sistema penal e o controle social.....	130
2.2 A SOCIEDADE DE CONTROLE COMO RESTRIÇÃO A DIREITOS DO CIDADÃO: EVOLUÇÃO SOB UMA VISÃO DA CRIMINOLOGIA .....	137
2.2.1 O Biopoder em Foucault.....	149
2.2.2 O Direito Penal do inimigo.....	156
2.3 A QUESTÃO DO ABOLICIONISMO .....	160
2.4 A TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO PENAL MÍNIMO...166	
<b>3 A GLOBALIZAÇÃO, A <i>INTERNET</i> E O DIREITO PENAL.....</b>	<b>178</b>
3.1 O MODERNISMO E A <i>INTERNET</i> .....	178
3.1.1 Os avanços tecnológicos e o surgimento da <i>Internet</i> .....	184
3.2 AS CARACTERÍSTICAS DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES.....	197

3.3 A INFLUÊNCIA DA <i>INTERNET</i> NO DIREITO .....	207
3.4 DIREITO PENAL INFORMÁTICO .....	210
3.4.1 A criminalidade na era virtual: conceito e classificação dos crimes pela <i>Internet</i> .....	210
3.4.2 Os ilícitos penais praticados por meio da <i>Internet</i> e o uso da analogia.....	223
3.4.3 O criminoso da <i>Internet</i> .....	226
3.4.4 Os instrumentos da prova penal e competência .....	228
 <b>4 PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO RACIAL: A <i>INTERNET</i> COMO VEÍCULO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS ASPECTOS CRIMINAIS NO BRASIL..</b>	<b>237</b>
4.1 O PRECONCEITO E A DISCRIMINAÇÃO RACIAL: ALGUNS CONCEITOS ..	237
4.2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A <i>INTERNET</i> .....	244
4.3 A QUESTÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A VIOLAÇÃO DA IGUALDADE, COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	251
4.4 A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA E O PRECONCEITO E A DISCRIMINAÇÃO .....	256
4.4.1 A previsão constitucional.....	257
4.4.2 A injúria qualificada pelo preconceito .....	258
4.4.3 Uma análise da lei de discriminação e preconceito: a Lei n. 7.716/1989 .....	263
4.5 A <i>INTERNET</i> COMO VEÍCULO DE DISCRIMINAÇÃO E PRECONCEITO: ASPECTOS CRIMINAIS .....	268
4.5.1 A previsão legal e as alternativas nos casos de ações criminosas de preconceito e discriminação racial .....	276
 <b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>281</b>
 <b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>287</b>

## INTRODUÇÃO

A evolução da vida moderna traz, com o notável avanço tecnológico dos últimos anos, desafios que devem ser enfrentados pela ordem jurídica com instrumentos compatíveis com a efetiva tutela dos valores sociais em jogo, arduamente reconhecidos e tutelados após longo processo de sedimentação histórica. Especialmente na área da informática, esses desafios se apresentam de forma ainda mais complexa, importando reflexões e revisões de muitos conceitos e institutos jurídicos tradicionais, vários dos quais hoje incapazes de dar respostas eficazes ante as novas e, até então, imprevisíveis formas de violação de direitos.

O Direito tradicional tem de enfrentar novos paradigmas, novas realidades. A *Internet* é um desses paradigmas. Ela impõe que o Direito formule novas técnicas de controle, pois as tradicionais, ante a avalanche de novidades, mostram-se rapidamente impróprias.

Os computadores fazem parte integrante de nossa vida. Desde a utilização doméstica até a empresarial, passando pela saúde, pelos bancos ou pela escola, os sistemas informáticos estão cada vez mais presentes em cada faceta da vida moderna, fornecendo informações ou ampliando capacidades de cálculo, memória, comunicação etc.

Esta simbiose de homem e sistema de informação, por meio de periféricos denominados de interfaces, amplia as capacidades humanas a ponto de determinadas tarefas poderem ser integralmente entregues aos sistemas informáticos. Assiste-se, pois, a uma diluição da fronteira homem-máquina.

A distribuição da informação obriga que os sistemas estejam interligados pela *Internet*, criando-se, assim, comunidades virtuais de conhecimento, falando-se até em uma “cibercultura”.

Simplificadamente, a *Internet* pode ser entendida como uma rede mundial de computadores, interligando todos os continentes e alcançando uma enorme quantidade de países.

O fenômeno da informatização, hoje já consolidado na sociedade, passou a ter ainda maior importância nos últimos anos, dado o fácil e livre acesso do público à *rede mundial de computadores*, além das consequências trazidas pela globalização.

A *Internet* cresce a cada dia, modificando paulatinamente o cotidiano das pessoas, incorporando-se à vida, trazendo novas possibilidades em todos os campos de atuação. Trata-se de verdadeira revolução tecnológica e, como não poderia deixar de ser, questões jurídicas surgem desta nova forma de relacionamento.

A *Internet* não tem proprietário, apesar de grande influência que sofre das grandes corporações da área de informática, e sua maior característica é a sensação de uma liberdade "ilimitada" fornecida aos seus usuários, ao mesmo tempo que essa é a maior virtude da rede mundial.

A inexistência de limites geográficos reais ou de fronteiras para a circulação da informação digital e o livre acesso à rede mundial de computadores acarretam novas dificuldades e perplexidades para a dogmática jurídica, em razão do que ocorre no âmbito da *Internet*. Desse modo a sociedade passa a exigir a observância de critérios e procedimentos seguros para que haja respeito, dentre outros, à liberdade individual e à igualdade.

Com isso, as mais diversas formas de violação, algumas já conhecidas, e outras novas, foram “potencializadas” pelo uso da *Internet*. Da subtração de valores mediante transações bancárias *on line*, passando por violação da privacidade, pornografia infantil, violações de direito autoral, até o ataque racial, são possíveis, tendo o computador como meio de ilícitos.

Quando se pensa em questões raciais percebe-se que existe uma ameaça igualdade, que encontra atualmente amparo constitucional no artigo 5º, XLII, sendo tratada como direito fundamental, posição que realmente, de forma inviolável, ocupa em um Estado Democrático de Direito.

Com relação ao direito de igualdade, no que se refere aos aspectos de segregação racial, é que se propõe o presente enfrentamento científico, sendo o objetivo discorrer sobre os direitos fundamentais da liberdade de expressão e da igualdade, do conflito entre esses direitos e a atuação do Direito Penal na defesa dos citados bens jurídicos, em especial quando ocorrer discriminação e preconceito fazendo-se uso da *Internet*.

Diante do que se expôs, busca-se o estudo sobre disseminação de preconceito e discriminação tendo como veículo a *Internet*, o que pode levar a uma maior extensão com relação às consequências de incitação ao “ódio racial”, e decorrente segregação, no que se refere à atuação do Direito Penal e Direito

Processual Penal. Com esse objetivo, formula-se a seguinte questão de pesquisa: é necessária a intervenção penal nos atos de preconceito e de discriminação cometidos pela *Internet*? Esse constitui o ponto principal do presente enfrentamento, o objetivo a ser alcançado, procurando, a par de reflexiva preocupação, sugestões de providências que visem, com sólido fundamento jurídico, respostas concretas e efetivas.

Para tanto mostra-se necessária uma análise específica dos direitos fundamentais no que tange em especial sobre a liberdade e a igualdade, uma verificação da evolução da atuação do Direito Penal na proteção de bens jurídicos, dando ênfase aos princípios penais e modernas teorias criminais, além da identificação, dentro da legislação penal e processual vigente, em quais tipos penais objetivos se pode enquadrar a violação à igualdade praticada por meio da *Internet*: ofensas contra a honra, o preconceito e a discriminação, e da discussão de questões relacionadas à prova (manutenção e preservação de dados pelo provedor de *Internet*), às formas de investigação que envolve identificação do IP (*Internet Protocol*) do agente, visando à sua qualificação e localização, a eventuais perícias, à atribuição para sua apuração dos ilícitos ocorridos e competência para o processo, diante da legislação processual existente, verificando a real necessidade de sua atualização.

Para tanto, será feito uso da revisão crítica bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, considerando-se à compreensão das funções essenciais da vida social como um sistema organizado de atividades.

Ressalte-se que, se tais formas de segregação “racial” já eram possíveis no mundo “não virtual”, na verdade elas existem desde o início dos tempos, remontando à antiguidade com a escravidão daqueles que eram derrotados nas guerras. Imagine-se com o uso da *Internet*, que faz transpirar uma sensação de anonimato, além de ter um círculo maior de abrangência que os demais meios até então existentes.

Considerando-se Constituição Federal e os direitos fundamentais, as principais fontes de todos os Direitos, no primeiro capítulo se propõe uma análise dos direitos humanos e fundamentais, com ênfase no direito à liberdade, à liberdade de expressão e à igualdade, discutindo-se a possibilidade de confronto entre tais formas de direitos, quando a ponderação e a proporcionalidade se apresentam como possíveis instrumentos de solução para eventuais colisões.



No segundo capítulo será feita uma análise do Direito Penal, em sua função de tutelar bens jurídicos considerados fundamentais para a vida do homem em sociedade, efetivando e sendo parte do controle social, enfrentando os diversos modelos de atuação penal que se apresentam hoje em citada finalidade, encontrando-se nesse ponto outro problema proposto, além da importância dos princípios penais constitucionais e da sanção penal, instrumento de atuação e labor do Direito Penal.

Em seguida, no terceiro capítulo, será analisada a *Internet*, do seu surgimento à sua interação com o direito e a atuação deste diante de um novo paradigma, passando a se discutir sobre a existência de uma criminalidade relacionada à rede mundial de computadores, os chamados cibercrimes, da investigação e competência criminal quando de sua prática, e da discussão sobre a existência de um Direito Penal próprio desse avanço tecnológico, sendo este outro questionamento de discussão ao qual se soma a definição dos cibercrimes.

Finalmente, o quarto capítulo, constituído das discussões dos capítulos anteriores, resultante de um caminho para nele se chegar, foi reservado para uma análise do preconceito e discriminação racial, da sua manifestação, tendo em vista o direito à igualdade, com a consequente necessidade de atuação do Direito Penal, e de como a *Internet* interfere nessas questões, quais seus reflexos, e como a legislação existente se comporta diante desse novo meio de praticar crimes raciais, se a lei penal brasileira é adequada para o tratamento dos cibercrimes de preconceito e discriminação racial, ou se é necessária uma atualização e adequação a esse novo paradigma social.

Espera-se deixar, com a conclusão do trabalho, contributo que represente um esforço a mais no propósito de compatibilizar uma sociedade tecnologicamente evoluída, que tantos benefícios e novas possibilidades traz ao ser humano, com maior segurança às vítimas de preconceito e discriminação praticados via *Internet*, demonstrando que, apesar da inexistência de uma legislação atualizada, é perfeitamente possível resguardar os direitos do cidadão em face do mundo virtual e responsabilizar exemplarmente seus violadores, tendo em vista o poder do Estado, por meio do direito no controle social.

## 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO À LIBERDADE E O DIREITO À IGUALDADE

Inicialmente, neste capítulo, buscar-se-á tratar dos aspectos gerais dos direitos fundamentais e sua retomada como paradigma dos direitos ditos humanos, destacando a existência, hoje, de direitos fundamentais positivados, sendo como tal então formalmente considerados, e de direitos que materialmente são fundamentais, diante de sua importância para a vida do homem, independentemente de seu reconhecimento em um texto constitucional.

Dentre os vários direitos fundamentais, e de importância para o estudo proposto, são a dignidade da pessoa humana, a sua liberdade e igualdade, além do fato de ser possível ou não o confronto entre tais direitos.

Tratar-se-á de forma específica da liberdade, a liberdade de expressão, e da igualdade, bem como de possíveis formas de conflito que podem ocorrer entre tais direitos, além da liberdade e da igualdade diante do novo paradigma da sociedade de informação.

Considera-se que a *Internet*<sup>1</sup> surgiu como mais uma forma de manifestação das ideias e pensamentos, ou seja, de expressão, e que assim pode vir a ferir, em sua manifestação, a igualdade sob o aspecto de preconceito e discriminação racial, objeto da hermenêutica constitucional. Por outro lado, diante dos argumentos de que a *Internet* é campo do qual o Estado não deveria intervir, como ficariam os direitos fundamentais e sua eficácia diante da relação com o Estado, ou da relação entre os indivíduos, nessa manifestação, e se poderá o Estado legitimamente intervir por meio do controle social penal, constituindo esse o objeto da presente pesquisa.

### 1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: ASPECTOS GERAIS

---

<sup>1</sup> A *Internet* será objeto de discussão do terceiro capítulo.

O direito natural tido inicialmente como participação da comunidade humana na ordem racional do universo, posteriormente passou a ser visto como disciplina racional, indispensável às relações humanas, mas independentemente da ordem cósmica e do próprio Deus.

Por esse motivo o direito natural pode ser visto como um conjunto de princípios supremos, universais e necessários que, extraídos da natureza humana pela razão, inspiram o direito positivo e por vezes são por este aplicados imediatamente, quando definem direitos fundamentais do ser humano. Ele procura inspirar e conduzir todos os sistemas positivos de direito em direção a um ideal supremo de justiça (indispensável para a constituição de qualquer sistema eficaz de direito positivo).

Direito natural seria um padrão universal de ação, aplicável a todos os homens em todas as partes, exigido pela própria natureza humana em sua plenitude. A confusão entre lei moral e lei da natureza seria característica entre as doutrinas do direito natural, sendo a diferença entre o bem e o mal essencial em tal doutrina. Citado direito natural pode ser identificado como direito humano, e como tal será tratado no texto.

O totalitarismo se baseia em uma ideia de descartabilidade do ser humano, que contesta o valor da pessoa humana como fonte de todos os valores e fundamento último da legitimidade da ordem jurídica, encontrando sua expressão nos direitos fundamentais do homem. Continuam a ocorrer situações sociais, políticas e econômicas que tornam os homens dispensáveis.<sup>2</sup>

Arendt<sup>3</sup> percebeu a ruptura trazida pela experiência do totalitarismo (nazismo e stalinismo) na sua percepção da realidade que encara ontologicamente complexa e rica em particularidades e contingências e na sua proposta de reconstrução. Arendt<sup>4</sup> almeja o exame das condições políticas e jurídicas que permitam assegurar um mundo comum, assinalado pela pluralidade e pela diversidade e vivificado pela criatividade do novo que, por meio do exercício da

---

<sup>2</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos, um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

<sup>3</sup> ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. 2. ed. Tradução Riberto Raposo. Rio de Janeiro: Documentário, 1979, v. 1.

<sup>4</sup> Ibid.

liberdade, que está ao alcance dos seres humanos, impeça a reconstituição de um novo "estado totalitário de natureza".

Em um período que caminha para um domínio de incertas possibilidades, existe a necessidade de reforma dos modelos, com afirmação de um quadro de valores políticos que possa levar a uma maior intervenção do cidadão na vida pública.

O ser humano volta a ser o centro e o ponto principal do ordenamento com a retomada dos direitos humanos.

No jusnaturalismo moderno, foi-se elaborando a ideia de direitos inatos, tidos como uma verdade evidente e que seriam a medida da comunidade política, mas dela independeriam.

A retomada do paradigma do direito humano é a conversão do homem como sujeito, legitimado do ordenamento jurídico (com direitos subjetivos e direitos humanos). Seria a retomada para a democracia, nela enquadrando-se uma cidadania que conduziria a uma reatualização da política entendida como meio de realização de uma razão prática, caracterizada pela ideia de liberdade (publicidade, objetividade jurídica, alargamento e compreensão dos direitos humanos fundamentais, consolidação deles etc.). Surge quando a dignidade, a liberdade e a personalidade humana periclitam, ameaçados pela força, nos Estados que, em seu poder de editar normas jurídicas, não se reputam sujeitos a limitação de qualquer espécie.

Percebe-se que os direitos humanos possuem a característica de ser uma decorrência da história, da sua evolução, recebendo o reconhecimento devido de forma gradual:

passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional.<sup>5</sup>

O conceito de direitos humanos apresenta certa particularidade, tendo em vista os diversos entendimentos existentes:

para alguns os direitos humanos supõem uma constante histórica

---

<sup>5</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 03.

cujas raízes se remontam às instituições e ao pensamento do mundo clássico. Outros, pelo contrário, sustentam que a ideia dos direitos humanos nasce com a afirmação cristã da dignidade moral do homem como pessoa. Diante destes últimos, por sua vez, há quem afirme que o cristianismo não supôs uma mensagem de liberdade, mas sim uma aceitação conformista do fato da escravidão humana. Contudo, o mais frequente é considerar que – a primeira aparição da ideia de direitos de homem [...] teve lugar durante a luta dos povos contra o regime feudal e a formação das relações burguesas.

Às vezes, se considera que os direitos humanos são o fruto da afirmação dos ideais jusnaturalistas; outras, se considera que os termos “direitos naturais” e “direitos humanos” são categorias que não se implicam necessariamente ou, inclusive, entre as que antes de uma continuidade existe uma alternativa.

Por outro lado, é muito comum sustentar que os direitos humanos são o produto da progressiva afirmação da individualidade. (tradução nossa).<sup>6</sup>

A respeito da evolução histórica do homem, Comparato<sup>7</sup> observa que a partir do século VIII antes de Cristo, o homem passa a ser visto como um ser racional, dotado de igualdade e liberdade, lançando-se então os sustentáculos do que se viria a entender como uma pessoa humana com direitos universais, coincidindo com a instituição da escrita, tendo por fundamento a natureza, afastando-se as bases religiosas.

Observa ainda Comparato<sup>8</sup> que o conceito de pessoa humana transpôs diversas fases, sendo a terceira delas decorrente da filosofia kantiana onde

a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de

---

<sup>6</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 8. ed. Madri: Tecnos Editora, 2003, p. 23. No original: “Para algunos, los derechos humanos suponen una constante histórica cuyas raíces se remontan a las instituciones y el pensamiento del mundo clásico. Otros, por el contrario, sostienen que la idea de los derechos humanos nace con la afirmación Cristiana de la dignidad moral del hombre en cuanto persona. Frente a estos últimos, a su vez, hay quien afirma que el cristianismo no supuso un mensaje de libertad, sino más bien una aceptación conformista del hecho de la esclavitud humana. Sin embargo, lo más frecuente es considerar que –la primera aparición de la idea de derechos de hombre [...] tuvo lugar durante la lucha de los pueblos contra el régimen feudal y la formación de las relaciones burguesas.

Unas veces se considera que los derechos humanos son el fruto de la afirmación de los ideales iusnaturalistas; en tanto que en otras se considera que los términos ‘derechos naturales’ y ‘derechos humanos’ son categorías que no se implican necesariamente, o, incluso, entre las que antes de una continuidad existe una alternativa.

De otra parte, es muy corriente sostener que los derechos humanos son el producto de la progresiva afirmación de la individualidad”.

<sup>7</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>8</sup> Ibid., p. 21.

autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.

Resta constatado, então, que o homem é o único ser com vontade e capacidade de atuar de acordo com essa teoria, diferenciando-o dos demais seres, e demonstrando que em razão disso possui ele direitos próprios, os quais relacionam-se a normas que consideram tais valores, isto é, que respeitem citada condição humana, constituindo esta a quarta etapa enumerada por Comparato<sup>9</sup>:

A compreensão da realidade axiológica transformou, como não poderia deixar de ser, toda a teoria jurídica. Os direitos humanos foram identificados como os valores mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação. Por outro lado, o conjunto dos direitos humanos forma um sistema, correspondente à hierarquia de valores prevalecente no meio social; mas essa hierarquia axiológica nem sempre coincide com a consagrada no ordenamento positivo. Há sempre uma tensão dialética entre a consciência jurídica da coletividade e as normas editadas pelo Estado.

Por fim Comparato<sup>10</sup> fala em uma quinta etapa do conceito de pessoa, o qual reporta-se ao século XX, relacionada à filosofia da vida e ao pensamento existencialista, onde se percebe que cada pessoa é única, dotada de personalidade própria, em evolução biológica e cultural, não se confundindo com as demais:

Por derradeiro, deve-se observar que as reflexões da filosofia contemporânea sobre a essência histórica da pessoa humana, conjugadas à comprovação do fundamento científico da evolução biológica, deram sólido fundamento à tese do caráter histórico (mas não meramente convencional) dos direitos humanos, tornando portanto sem sentido a tradicional querela entre partidários de um direito natural estático e imutável e os defensores do positivismo jurídico, para os quais fora do Estado não há direito.

Ainda contando com os conhecimentos de Pérez Luño<sup>11</sup>, este apresenta três

---

<sup>9</sup> Ibid., p. 26.

<sup>10</sup> Ibid., p. 32.

<sup>11</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique... Op. Cit., p. 25. No original: "a) Tautológicas, que no aportan ningún elemento nuevo que permita caracterizar tales derechos. Así, por ejemplo, 'los derechos del hombre son los que le corresponden al hombre por el hecho de ser hombres'. b) Formales, que no especifican el contenido de estos derechos, limitando-se a alguna indicación sobre su estatuto deseado o propuesto. Del tipo de: 'los derechos del hombre son aquellos que pertenecen o deben pertenecer a todos los hombres, y de los que ningún hombre puede ser privado'. c) Teleológicas, en las que se apela a ciertos valores últimos, susceptibles de diversas interpretaciones: 'Los derechos del hombre son aquellos imprescindibles para el perfeccionamiento de la persona humana, para el progreso social, o para el desarrollo de la civilización [...]'"

tipos diferentes de definição de direitos humanos:

- a) Tautológicas, que não aportam nenhum elemento novo que permita caracterizar tais direitos. Assim, por exemplo, “os direitos do homem são os que lhe correspondem ao homem pelo fato de ser homem”.
- b) Formais, que não especificam o conteúdo destes direitos, limitando-se a alguma indicação sobre seu estatuto desejado ou proposto. Do tipo de: “os direitos do homem são aqueles que pertencem ou devem pertencer a todos os homens e dos que nenhum homem pode ser privado”.
- c) Teleológicas, nas quais se apela a certos valores últimos, susceptíveis de diversas interpretações: “Os direitos do homem são aqueles imprescindíveis para o aperfeiçoamento da pessoa humana, para o progresso social, ou para o desenvolvimento da civilização [...]”.(tradução nossa).

Tendo em vista a nomenclatura direitos humanos e direitos fundamentais, sem deixar de lado a origem de um direito natural da pessoa humana, destaca-se que o primeiro termo se volta ao âmbito internacional, relacionando-se à filosofia e ciências sociais, enquanto que a expressão direitos fundamentais tem em vista direitos previstos em uma constituição:

o termo “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e em todos os lugares, de tal sorte que revelem um caráter supranacional (internacional) e universal.<sup>12</sup>

De qualquer forma, trata-se de direitos limitativos do poder estatal, sendo uma decorrência da evolução e do aperfeiçoamento com conseqüente reconhecimento positivo, cujas raízes são a dignidade humana, a liberdade e a igualdade dos homens.

Como direitos humanos, Canotilho<sup>13</sup> ressalta serem estes de todos os povos em qualquer momento, ou seja, uma forma geral de direitos, os quais, uma vez positivados se tornariam os direitos fundamentais.

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2012, p. 249.

<sup>13</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. Portugal: Coimbra Editora, 2008.

A respeito da distinção dos termos direitos humanos e direitos fundamentais,

estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos.<sup>14</sup>

Direitos fundamentais podem ser definidos como

[...] garantias de proteção, substancialmente conformadas, de determinados complexos de ações, organizações e matérias individuais e sociais. Esses âmbitos materiais são transformados em âmbitos normativos por meio do reconhecimento constitucional e da garantia da liberdade no campo da prescrição normativa, do programa da norma. Os âmbitos normativos participam da normatividade prática, isto é, eles são elementos co-determinantes [sic] da decisão jurídica.<sup>15</sup>

Trata-se de bens indispensáveis à vida humana, reconhecidos pelo Direito, são “situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive: fundamentais no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente, mas concreta e materialmente efetivados”<sup>16</sup>. O reconhecimento jurídico ocorre por meio da ordem constitucional, de forma expressa ou implícita.

No entanto, nada impede que se reconheçam em textos constitucionais determinados postulados como falsos direitos humanos, tornando-os direitos fundamentais, o que pode decorrer de interesses de classes dominantes encarregadas da elaboração dos textos legais, de forma que

é irrecusável, por conseguinte, encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Esse fundamento, em última instância, só pode ser a consciência coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito de certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos

<sup>14</sup> COMPARATO, Fábio Konder... Op. Cit., p. 57-58.

<sup>15</sup> MÜLLER, Friedrich. **Die Positivität der Grundrechte**. Berlin: Duncker & Humblot, 1969, p. 11 *apud* ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 78.

<sup>16</sup> AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 163-164.



internacionais.<sup>17</sup>

Existe uma classificação dos direitos indispensáveis na forma de geração: de primeira geração são os direitos civis, abrangendo a propriedade, e a liberdade, dentre outros; de segunda geração são considerados direitos relacionados à participação política; os direitos sociais são classificados como de terceira geração, os quais se relacionam com o bem-estar das pessoas; por fim os direitos fundamentais de quarta geração são aqueles que envolvem o bem-estar da sociedade em sua totalidade, a exemplo do meio ambiente, cultura etc. O direito relacionado às evoluções tecnológicas mais modernas, como os relacionados à genética, à informática, podem ser dispostos no último grupo ou até se pensar já em uma quinta geração.

De outra forma, Sarlet, Marinoni e Mitidiero<sup>18</sup> consideram o termo geração não apropriado, pois pode indicar a ideia de substituição de uma geração por outra, falando, assim, em dimensões, observando ainda que hoje se poderia falar em quarta ou quinta dimensão, sendo que alguns, citando Bonavides<sup>19</sup>, entendem ser os direitos de quarta dimensão formados pelos direitos à democracia e à informação, enquanto que o direito à paz seria de quinta dimensão. No entanto, os próprios autores observam que outros escritores, e se referem de forma específica a Oliveira Júnior<sup>20</sup>, destacam como de quarta dimensão os direitos de biotecnologia e bioengenharia, e como quinta dimensão estariam os direitos relacionados à cibernética e à tecnologia de informação, onde se incluiria modernamente a *Internet*. Dessa classificação, mais uma vez, percebe-se o aspecto da evolução histórica dos direitos fundamentais, os quais são uma categoria aberta, em constante aperfeiçoamento:

como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos da liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os

<sup>17</sup> COMPARATO, Fábio Konder... Op. Cit., p. 59.

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel... Op. Cit.

<sup>19</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 524-526 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel... Op. Cit.

<sup>20</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiádes. **Teoria jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 83 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel... Op. Cit.

quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência [sic] a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente [sic] dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores -, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado.<sup>21</sup>

Sobre o aspecto histórico dos direitos fundamentais, mais especificamente sobre uma parte de sua evolução, Canotilho<sup>22</sup> afirma que

os direitos naturais continuam a ser considerados como direitos individuais, pois, ao jeito do jusnaturalismo racionalista, o indivíduo pensante e actuante [sic] constitui o eixo nuclear do sistema social. Todavia, os direitos do homem são direitos do homem na sociedade, porque a sociedade é o estado normal e material do homem. Estamos a um passo da viragem – positivista –: os direitos naturais são *constructa* [sic] sociais e não um dado; a segurança, a liberdade e a propriedade, embora de natureza irrenunciavelmente individual, emergem de convenções ou trocas sociais. A dimensão historicista também já espreita nessa perspectiva: os direitos naturais realizam-se historicamente através de convenções ou trocas sociais.

Referindo-se a Benjamin Constant, Vilhena Vieira<sup>23</sup> cita a classificação dos direitos fundamentais, distinguindo a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos:

a primeira liberdade seria a de participar do processo político, característica das democracias gregas. A liberdade dos modernos, por sua vez, seria a de ser deixado em paz pelo Estado, para que cada um pudesse levar sua vida com o maior grau de liberdade individual possível.

Nessa linha de raciocínio, verifica-se que a liberdade envolve a questão de direitos fundamentais republicanos com a liberdade dos antigos, ao passo que a liberdade dos modernos está igual aos direitos e liberdades individuais:

os direitos naturais racionalmente convertidos em direitos fundamentais do homem equivalem a – direitos dos particulares – propriedade, liberdade, segurança – e, a ser-lhes reconhecida alguma dimensão funcionalista, essa só poderia ser a de tornarem

<sup>21</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos...** Op. Cit., p. 32-33.

<sup>22</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais...** Op. Cit., p. 18.

<sup>23</sup> VILHENA VIEIRA, Oscar. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF.** São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 39-40.

possível – o desfrute pacífico da independência individual.<sup>24</sup>

Pode-se destacar que os direitos em questão apresentaram concepções filosóficas em formas de teorias de pensamentos individuais, as quais, em certo instante, foram reconhecidas e sobre elas se legislou, inicialmente, nas formas de declarações de Direitos, passando para o aspecto prático, como exemplo poderia ser citada a *Magna Charta Libertatum* de 1215, da Declaração Francesa de 1789, até chegar à Declaração Universal de 1948: “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais”<sup>25</sup>. Nesse contexto, os direitos, então humanos, passaram a contar com uma proteção jurídica e universal. O Estado Liberal passa a Democrático, e este, por sua vez, se converte em Estado Social.

Sobre a Declaração Universal, observou Comparato<sup>26</sup> que, ao reconhecer o homem como pessoa humana em qualquer lugar e em todos eles, ela unificou toda a elaboração teórica sobre a elaboração do conceito de pessoa, sendo os direitos humanos “algo inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades de indivíduos ou grupos”. Comparato<sup>27</sup> procede a uma enumeração e análise dos diversos textos que considera importantes aos direitos em análise, da Magna Carta, passando pela Declaração de Direitos de 1689, as Declarações de Direitos da revolução Francesa, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1.948, os pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1969, até chegar ao Estatuto do Tribunal Penal Internacional de 1998, de forma a demonstrar a riqueza e variedade de legislações a considerarem a importância dos direitos humanos.

O fim maior dos direitos fundamentais é a proteção do homem e de sua dignidade, de todas as formas de coerção, inclusive por parte do Estado, o qual deve sofrer limitações. Como destaca Canotilho<sup>28</sup>

os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de *defesa dos cidadãos* sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo [sic], normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-

<sup>24</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais...** Op. Cit., p. 25.

<sup>25</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos...** Op. Cit., p. 30.

<sup>26</sup> COMPARATO, Fábio Konder... Op. Cit., p. 57.

<sup>27</sup> Ibid., p. 57.

<sup>28</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais...** Op. Cit., p. 408.

subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

De forma geral, os direitos fundamentais possuem um aspecto subjetivo, segundo o qual seu titular possui o direito de exigí-los, e um aspecto objetivo, segundo o qual o poder público deve protegê-los de forma a garantir o seu exercício. Conforme observa Alexy<sup>29</sup>, “sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante esse direito”. Na verdade o que se tem é mais do que meros enunciados, mas direitos em vigência e dotados de exigência, como necessários à existência das pessoas com dignidade mínima.

Os direitos humanos são universais quando se referem aos seus titulares e revestem-se de significação material. Tal característica indica que os direitos humanos pertencem a todos os seres humanos (basta ser humano), constituindo um ideal.

Ressalte-se que a universalidade em questão tem efeito também em relação aos destinatários das obrigações ou deveres relacionados aos direitos humanos. Tem-se então obrigações gerais e especiais, as quais podem ser positivas ou negativas: abstenção de atuar de forma a lesionar os bens que constituem direitos humanos; as instituições políticas e jurídicas não devem praticar determinados atos; os membros de tais instituições devem praticar ações de proteção de bens que constituam direitos humanos. De tais obrigações decorre a necessidade de solidariedade e caridade, de ética beneficente e de ética de justiça, o que tem relação com obrigações gerais positivas, e não apenas com a promoção do bem do indivíduo, que é uma obrigação especial.

O que se tem, em verdade, são direitos preferenciais, tendo em vista a imposição dos direitos fundamentais diante até de sua hierarquia constitucional, possuindo supremacia sobre a lei, salvo se esta se refere a proteção de um direito dessa natureza, decorrendo ela de um processo democrático. Esta última preferência deve ser fiscalizada judicialmente.

Tem-se falado que os direitos humanos se referem às necessidades básicas do ser humano. Mas o que seria básico para justificar sua força, seu caráter absoluto? Um direito absoluto é aquele que deve ser sempre satisfeito, não estando

---

<sup>29</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais...** Op. Cit., p. 50.

sujeito a exceções de qualquer natureza. Como então satisfazer a todos, diante das características de universalidade e absolutismo dos direitos humanos? Os direitos humanos são do tipo mais forte de direitos, que somente pode se quedar diante de outro direito equivalente.

Finalmente, os direitos humanos são inalienáveis. Tal característica significa que os direitos humanos são inalienáveis até para seus próprios titulares, isto é, não podem ser renunciados por eles. Inalienabilidade se refere à importância de um bem para um indivíduo, que constitua razão suficiente para impor obrigações aos demais. Assim, como um deve respeitar os direitos do outro, deve também respeitar o próprio direito.

Como referência e ocupando posição central do Direito, encontra-se o ser humano, sendo que sua dignidade é um bem maior a servir de referência e estrutura a todos os direitos fundamentais, à autonomia individual e à personalidade de cada indivíduo, funcionando essa dignidade como fundamento e limite dos direitos indispensáveis:

a dignidade da pessoa humana representa uma síntese, dotada de um elevado grau de generalidade e abstração, dos principais desenvolvimentos teológicos, filosóficos, ideológicos e ético-políticos resultantes da reflexão multi-secular em torno da pessoa e do significado que as suas capacidades, exigências e objetivos espirituais, morais, racionais, intelectuais, emocionais, físicos e sociais, juntamente com as suas limitações e necessidades devem assumir na conformação da comunidade política.<sup>30</sup>

Inicialmente, a dignidade da pessoa não era considerada parte dos direitos humanos, conforme destaca Barroso<sup>31</sup>:

em uma linha de desenvolvimento que remonta a Roma antiga, atravessa a Idade Média e chega até o surgimento do Estado liberal, a dignidade – *dignitas* – era um conceito associado ao *status* pessoal de alguns indivíduos ou à proeminência de determinadas situações. Como *status* pessoal, a dignidade representava a posição política ou social derivada primariamente da titularidade de determinadas funções públicas, assim como o reconhecimento geral de realizações pessoais ou de integridade moral.

<sup>30</sup> MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 358-359.

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 13.

Sobre dignidade humana, entende Pérez Luño<sup>32</sup> que “tem sido na história, e é na atualidade, o ponto de referência de todas as faculdades que se direcionam ao reconhecimento e afirmação da dimensão moral da pessoa” (tradução nossa).

A dignidade humana, como hoje reconhecida, tem bases religiosas e filosóficas e “se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo”<sup>33</sup>. Ideias iniciais sobre a dignidade podem ser encontradas já no Velho Testamento, posteriormente no discurso “Oração Sobre a Dignidade do Homem” de Giovanni Picco em 1486, sendo que em termos filosóficos remonta à pessoa romana de Marco Túlio Cícero, Pico della Mirandola e Kant<sup>34</sup>.

Sarlet<sup>35</sup> destaca ainda a participação na evolução histórica da dignidade de Tomás de Aquino ao usar o termo “dignitas humana” e de Francisco de Vitoria quando da colonização espanhola tendo em vista o relacionamento com os índios.

Como grande marco da dignidade, tem-se o Iluminismo:

foi apenas com o Iluminismo que o conceito de dignidade começou a ganhar impulso. Somente então a busca pela razão, pelo conhecimento e pela liberdade foi capaz de romper a muralha do autoritarismo, da superstição e da ignorância, que a manipulação da fé e da religião havia construído em torno das sociedades medievais<sup>36</sup>.

Às citadas bases, deve-se ser adicionado o aspecto histórico decorrente do nazismo com a Segunda Guerra Mundial, e com os dias que se deram após o fim desta, com a reconstrução dos estragos por ela causados, em busca da paz, da democracia e da defesa dos direitos, ou seja, por meio de um discurso político.

Com isso se tem a dignidade na forma de um sentido interno, o valor que cada um atribui a si próprio, e externamente relacionada ao direito e correspondência por parte dos demais, quando então podem ocorrer violações. Disso decorreu o entendimento de que o Estado deve atuar a fim de evitar, ou

<sup>32</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique... Op. Cit., p. 49. No original: “ha sido en la historia, y es en la actualidad, el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona”.

<sup>33</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**... Op. Cit., p. 14.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

<sup>36</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**... Op. Cit., p. 18.

melhor, promover a proteção da dignidade por meio de textos legais.

Escreve Barroso<sup>37</sup> que

de tudo aquilo que já foi dito, fica claro que a dignidade humana é um conceito multifacetado, que está presente na religião, na filosofia, na política e no direito. Há um razoável consenso de que ela constitui um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições.

Como um valor fundamental ou um princípio constitucional, ainda assim a dignidade da pessoa não pode ser considerada um valor absoluto, como no exemplo da condenação e prisão de alguém por um crime, onde a dignidade relacionada à liberdade se vê restringida<sup>38</sup>; no entanto, funciona como um valor maior, que deve ter certa precedência sobre os demais, ela auxilia na compreensão dos demais direitos fundamentais concretamente aplicados, como um alicerce.

Em termos constitucionais, e utilizando-se a Constituição brasileira, a dignidade humana foi entendida como multifuncional, sendo dependente do cumprimento de outros direitos fundamentais expressos no texto legal. Sobre a dignidade, escreveu Vilhena Vieira<sup>39</sup> que ela está vinculada “a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, a começar pela própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem-estar etc.”. E prossegue Vieira<sup>40</sup> dizendo que “a dignidade humana impõe constrangimentos a todas as ações que não tomem a pessoa como fim”. Conforme observado linhas atrás, tem-se o homem como centro de todos os direitos, não podendo figurar como objeto alheio. A dignidade humana pode se confundir com os próprios direitos fundamentais, uma vez que cada um destes possui sua relação ou fundo de dignidade.

Observa Sarlet<sup>41</sup> que, considerando a necessidade de se garantir as realizações pessoais dentro do mínimo necessário e servir como garantia contra quaisquer violações pessoais, fazendo uso inclusive do Direito Penal para tanto, e de todos os órgãos estatais, como, por exemplo, no caso de preconceito e discriminação racial, a fim de se garantir a máxima eficácia e efetividade possível,

---

<sup>37</sup> Ibid., p. 63.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> VILHENA VIEIRA, Oscar... Op. Cit., p. 63.

<sup>40</sup> Ibid., p. 67.

<sup>41</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**... Op. Cit., p. 111.

que

o princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos, podendo-se sustentar, na esteira da luminosa proposta de Clèmerson Clève, a necessidade de uma política da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

Tarefa difícil é apresentar um conceito da dignidade humana, em vista dos vários aspectos envolvidos, em especial a religião, a história, a política, que são diferentes entre os diversos povos, exigindo que se tenham pontos de neutralidade na sua identificação, ou seja, pontos comuns e que a todos satisfaçam, o que também não é fácil. Sarlet<sup>42</sup> observa, a respeito da conceituação da dignidade, que

diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, na sua condição jurídico-normativa.

Nessa linha de pensamento, Barroso<sup>43</sup> apresentou sua definição ao afirmar:

esta é a minha concepção minimalista: a dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário).

O aspecto intrínseco se refere às características de cada pessoa e que a torna ser humano distinto das demais criaturas, as quais se relacionam aos direitos fundamentais (vida, liberdade, igualdade etc.). A autonomia envolve a autodeterminação, ou seja, a possibilidade de cada um procurar o que entende ser melhor para sua vida, o mínimo necessário ou existencial. A última característica da

---

<sup>42</sup> Ibid., p. 39.

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo...** Op. Cit., p. 72.



concepção de Barroso volta-se à relação entre as pessoas, o aspecto social, o respeito aos valores dos demais, dispondo-se a uma regulação do Estado para tanto, tendo em consideração metas coletivas de existência.

Barroso<sup>44</sup> prossegue afirmando que

a dignidade humana e os direitos humanos (ou fundamentais) são intimamente relacionados, como duas faces de uma mesma moeda ou, para usar uma imagem comum, as duas faces da Jano. Uma, voltada para a filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; a outra é voltada para o Direito, contemplando os direitos fundamentais.

Sobre o problema de definição da dignidade, Sarlet<sup>45</sup> acaba por observar, considerando casos concretos, que

vale citar a fórmula desenvolvida por Durig, na Alemanha, para quem (na esteira da concepção kantiana) a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos.

Sarlet<sup>46</sup> se arrisca em apresentar uma definição sua para a dignidade humana como sendo

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Dessa forma, pode-se verificar que onde não houver espaço ou respeito a vida, integridade, liberdade, igualdade ou condições mínimas de existência, isto é, onde os direitos fundamentais não sejam observados, não se encontra presente a dignidade humana, a qual, diante dos avanços tecnológicos, assume um aspecto globalizado de atuação e de proteção.

---

<sup>44</sup> Ibid., p. 75.

<sup>45</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**... Op. Cit., p. 59.

<sup>46</sup> Ibid., p. 62.

O modelo de Estado democrático é aquele em que os direitos humanos são reconhecidos aos homens sob o denominação de direitos fundamentais que, dessa maneira se tornam cidadãos, constituindo, assim, um conjunto de direitos com hierarquia superior às demais normas do sistema, de forma a garantir que não existam discriminações. Como afirma Pérez Luño<sup>47</sup>, os direitos humanos podem ser reconhecidos como

[...] um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, resumem as exigências da dignidade, a liberdade e a igualdade humanas, as que devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos no plano nacional e internacional. (tradução nossa).

Mais uma vez, fazendo uso dos ensinamentos de Sarlet<sup>48</sup>,

podemos afirmar que a ordem comunitária (poder público, instituições sociais e particulares) bem como a ordem jurídica que não toma a sério a dignidade da pessoa (como qualidade inerente ao ser humano e, para além disso, como valor e princípio jurídico-constitucional fundamental) não trata com seriedade os direitos fundamentais e, acima de tudo, não leva a sério a própria humanidade que habita em cada uma e em todas as pessoas e que as faz merecedoras de respeito e consideração recíprocos.

Discorrendo sobre a dignidade humana, como uma espécie de conclusão, escreveu Piovesan<sup>49</sup> que

seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o Constitucionalismo contemporâneo nas esferas local e global, dotando-o de especial racionalidade, unidade e sentido. Esta é a vertente contemporânea do Direito do pós-guerra, tanto no âmbito internacional como no âmbito local. Vale dizer, o pós-guerra demandou o resgate do fundamento ético da experiência jurídica, pautado no valor da dignidade humana.  
[...]

<sup>47</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique... Op. Cit., p. 48. No original: “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**... Op. Cit., p. 149.

<sup>49</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e princípio da dignidade humana. In: LEITE, Sérgio Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 196-197.

aos operadores do Direito resta, assim, o desafio de recuperar no Direito seu potencial ético e transformador, doando máxima efetividade aos princípios constitucionais e internacionais fundamentais, com realce ao princípio da dignidade humana – porque fonte e sentido de toda experiência jurídica.

Dentre os direitos fundamentais do homem, hoje enumerados nos textos constitucionais dos Estados Democráticos de Direito como indispensáveis à vida, portanto, encontram-se a liberdade e a igualdade, que se escoram na dignidade humana, conforme restou comprovado, e são objetos do estudo proposto no início desta pesquisa.

Citados direitos, entre seus vários aspectos, possibilitam a livre manifestação do pensamento, a qual pode ir contra a igualdade constitucional, quando por meio dessa manifestação sejam praticados atos de discriminação e de preconceito racial, devendo se verificar se cabe ao Estado atuar nesses casos, com seus diversos mecanismos de controle.

Em nível nacional percebe-se que a Constituição Federal brasileira ao dispor sobre direitos fundamentais, reconheceu a sua qualidade estrutural de forma a orientar todas as demais normas existentes.

## 1.2 A LIBERDADE

A liberdade foi tema abordado por todos aqueles que se dispuseram a estudar a pessoa humana e o Estado, filosoficamente, a exemplo de Hobbes, Locke, Montesquieu, Kant, apresentando cada estudioso sua definição ou seu posicionamento a respeito do tema. E apesar de tão analisada, ainda hoje talvez não se tenha chegado a uma conclusão definitiva sobre seu real significado. Podem-se notar posições extremadas que se contrapõem radicalmente, ou seja, desde aqueles que, ao defenderem um Estado totalitário, negam o direito à liberdade, a outros que, pregando um regime liberal e democrático, a concebem como algo absoluto, uma espécie de livre arbítrio.

Filosoficamente, Platão<sup>50</sup>, em seu livro VII de *A República*, ao tratar da

---

<sup>50</sup> PLATÃO. **A república**. Tradução Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 2000. (Coleção Os Pensadores).

alegoria da caverna, referiu-se à prisão dos sentidos, pois se viam apenas sombras, à ideia de libertar-se para contemplar o sol do bem, fora da caverna. Na verdade, ele concebeu a liberdade apenas dentro dos limites designados pela *polis*, não considerando a liberdade subjetiva.

Aristóteles<sup>51</sup> apresentou seu conceito baseado na metafísica, dizendo ser “livre o homem que tem a si mesmo como fim e não o outro, o que não é senhor de si mesmo ou capaz de desejar, mas não de agir por livre escolha”. Assim, ele equiparava o escravo à coisa, não lhe admitindo sequer a liberdade moral.

A doutrina da Igreja, principalmente com Santo Agostinho e Santo Tomás, também se ocupou do tema. Este último dizia que “a liberdade é um poder de eleição dos meios ordenados a um fim, não sendo o fim que se escolhe, porque a ele se inclina a vontade como a um bem, sem qualquer escolha”<sup>52</sup>. Deus, na sua visão, seria o bem máximo, e, portanto, a liberdade consistiria em participar de sua vontade. Afirmava que as regras antecederiam a existência do Estado.

Hobbes<sup>53</sup> inovou ao ser o primeiro absolutista a levar em consideração o contrato na formação do Estado civil, em função do qual cada um devia abdicar de sua liberdade. Para ele, devia haver predomínio da coletividade sobre a individualidade, não sendo compatível liberdade individual com sociedade. O Estado ideal seria aquele que reprimiria a individualidade, dando origem a uma cidadania passiva, na qual cada um devia apenas obediência às leis. A renúncia à liberdade significaria conforto, segurança, proteção, tornando-se, pois, dispensável garantir-se o direito a ela. Ele considerava o homem mau, egoísta, e, assim, a liberdade, nesta perspectiva, seria a possibilidade de submeter-se ele a um poder comum, renunciando-se a si mesmo para viver segundo as regras dos outros.

Locke<sup>54</sup>, ao contrário de Hobbes, priorizou o indivíduo, vendo como livre apenas aquele que está sujeito à lei, e não a outro indivíduo, pois neste caso seria escravo do déspota ou de paixões humanas, sendo a liberdade, desta forma,

<sup>51</sup> ARISTÓTELES. **Metafísica**. Tradução Francisco P. Samarach. Madri: Aguilar, 1977 *apud* SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995, p. 226.

<sup>52</sup> AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**. Tradução por comissão presidida por Fr. Francisco barbado Viejo. Madrid: La Editorial Católica, 1953-60, 16 V *apud* SALGADO, Joaquim Carlos... Op. Cit., p. 227-228.

<sup>53</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 2000. (Coleção Os Pensadores).

<sup>54</sup> LOCKE, John. **Segundo tratado de governo**. Tradução Anwar Alex. São Paulo: Ibrasa, 1973, p. 41 *apud* SALGADO, Joaquim Carlos... Op. Cit., p. 73.

obediência à lei natural, que seria a lei da razão e que, por isso, deve ser protegida e respeitada segundo critérios de legitimação já constituídos. A liberdade seria fundamento de tudo e, quando ela fosse atacada, ter-se-ia a guerra.

Montesquieu formulou um conceito de liberdade que muito marcou e influenciou e até hoje é constantemente utilizado, como em linhas atrás deste estudo. Seria ela “o direito de fazer tudo o que as leis permitem”<sup>55</sup>. Nesse paradigma, onde existem leis, a liberdade consiste em apenas fazer aquilo que podemos sem repressão, devendo o governo atuar de forma a que ninguém tenha medo do outro, o que se entende por liberdade política. Já a liberdade dita filosófica estaria no exercício da livre vontade. Ainda Montesquieu, a respeito da liberdade, afirma: “não há palavra a que tenham sido atribuídos mais significados e tenha impressionado os espíritos de tantas formas”<sup>56</sup>.

Para Rousseau<sup>57</sup>, afirmar que o homem entrega sua liberdade (ainda mais sem qualquer recompensa) a outro é coisa absurda, pois, se isso ocorresse, o homem estaria renunciando sua própria qualidade, seus deveres e direitos humanos na forma de escravidão. Cada um se deveria entregar a todos, à comunidade em um pacto social, possibilitando uma igualdade moral por convenção e direito. Ainda segundo esse filósofo, o maior bem de todos é que a legislação deve buscar manter é a liberdade com a igualdade.

Kant<sup>58</sup> concebeu a liberdade como o único direito natural, formando ela a base de sua ideia de justiça, constituindo o centro e o destino de toda a preocupação filosófica que formulou, utilizando-se da razão. Trata-se do único direito inato ao homem. Livre seria aquele espontâneo de forma absoluta, submetido às leis da razão e da vontade. As leis devem ser produto da vontade própria e não da vontade dos outros, referindo-se, pois, à autonomia, um conceito positivo, enquanto que o negativo se relacionaria à independência em relação a condições empíricas. Quando as leis da razão devem ser realizadas, a liberdade aparece a elas vinculada, e não às leis da natureza. Assim, o conceito concentra espontaneidade e

---

<sup>55</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 156 *apud* SALGADO, Joaquim Carlos... Op. Cit., p. 228.

<sup>56</sup> Id. **L'Esprit des Lois, livro VI, capítulo II**. Edição Rose-Marie Mossé-Bastide Paris: La liberte, 1974 *apud* DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**: possibilidades e limites. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 02.

<sup>57</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 2000. (Coleção Os Pensadores).

<sup>58</sup> KANT, Immanuel. **Doutrina do direito**. 2. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

independência da causalidade natural.

Para Kant<sup>59</sup>, a liberdade envolve a autonomia, ou seja, a possibilidade e condição de cada pessoa em entender o que é certo ou errado, de fazer suas próprias leis. Aceita esse filósofo as liberdades interna e externa, como momentos da mesma liberdade, servindo para distinguir a moral e o Direito. Interna seria aquela relacionada à espontaneidade e autolegislação, tendo como faculdade a vontade pura ou a razão pura prática, sendo faculdade de agir pela razão, exigindo adesão íntima às leis e conformidade da ação e da intenção, constituindo, pois, a moral. Liberdade externa seria a jurídica, a espontaneidade e autolegislação no momento do contato com o outro, expressando-se pelo arbítrio, constituindo a faculdade de agir numa sociedade de seres livres e consistindo na convivência de arbítrios. O Direito surge na exteriorização da liberdade, como instrumento necessário a ela. A liberdade é condição da lei, e quanto mais esta se aproxima da racionalidade e, assim, consegue realizá-la, será mais justa. Do conceito de liberdade externa deriva a ideia jurídica de ser responsável frente aos outros que podem exigir o cumprimento de obrigações, constituindo a obrigação ou dever de quem se adapta à lei correspondente, sendo um poder coercitivo que constitui o direito em seu sentido subjetivo. O fim último de sua teoria é a liberdade externa.

Benjamin Constant<sup>60</sup>

[...] distingue duas formas de liberdade: a liberdade do gozo privado de alguns bens fundamentais para a segurança da vida e o desenvolvimento da personalidade humana – como as liberdades pessoais, a liberdade de opinião, de iniciativa econômica, de reunião e similares – por um lado, e, por outro, a liberdade de participar do poder político.

Mais modernamente, Rawls<sup>61</sup>, formula como princípio básico de sua teoria da justiça, o de que “cada pessoa deve ter um igual direito a mais extensa liberdade compatível com uma idêntica liberdade para os outros”. Dessa forma ele se aproxima da ideia de Kant, apresentando como diferencial a não-aceitação da existência de algo antes do pacto que constitui o Estado.

Desenvolvem-se, na linguagem política, conceitos de liberdade negativa,

<sup>59</sup> Ibid., p. 55.

<sup>60</sup> CONSTANT, Benjamin. **De la liberté des anciens comparee à celle des modernes**. Oeuvres: [s.n.], [s.d.], v. 7, p. 253 *apud* BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 62.

<sup>61</sup> RAWLS, John *apud* GRONDONA, Mariano... Op. Cit., p. 144-145. (Sem informações sobre a obra citada).

segundo os quais cada um pode agir sem ser impedido, ou nada fazer sem ser obrigado pelos outros, isto é, fazer ou deixar de fazer tudo o que as leis, em sentido lato, permitem ou não impedem, e liberdade positiva, a autodeterminação, a autonomia, podendo cada um, sem ser determinado pelos outros, orientar seu próprio querer, tomar suas próprias decisões. Como se deduz, dos conceitos expostos, a liberdade negativa diz respeito à ação, enquanto que a liberdade positiva, à vontade. Daí surge à questão da liberdade de agir quando a ação não é obstaculizada, e da liberdade de querer quando o querer de cada um não é determinado por forças estranhas a si próprias.

O jusfilósofo contemporâneo Bobbio<sup>62</sup> manifesta-se também em linguagem política, definindo a liberdade como “a situação na qual um sujeito tem possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado por outros sujeitos”. E prossegue o pensador italiano: “é perfeitamente lícito dizer que o homem conquistou a própria liberdade emancipando-se não apenas das restrições derivadas da sujeição do homem ao homem, mas também da submissão às forças naturais”<sup>63</sup>.

Bobbio<sup>64</sup> faz também a divisão de liberdade negativa e positiva, tratando de forma bem completa ambas as definições. Diz ele que negativa seria aquela em que não existe impedimento ou constrangimento, consistindo em um “fazer (ou não fazer) tudo o que as leis, entendidas em sentido lato e não só em sentido técnico-jurídico, permitam ou não proíbam”<sup>65</sup>. Lembra-se então de Hobbes e seu *silentium legis*, de Locke que se referia a não se estar sujeito às vontades de outro homem e a Montesquieu, com seu conhecido conceito de liberdade citado linhas atrás. Liberdade positiva seria, para ele, a possibilidade de o sujeito agir conforme seu entendimento, falando-se por isso, em autodeterminação ou autonomia, o que significa agir sem ser influenciado, sem depender dos outros. Bobbio<sup>66</sup> diz, ainda, que Rousseau foi quem apresentou a definição clássica de liberdade positiva, para quem

[...] a liberdade civil consiste no fato de o homem, enquanto parte do todo social, como membro do eu comum, não obedecer a outros e sim a si mesmo, ou ser autônomo no sentido preciso da palavra, no sentido de que dá leis a si mesmo e obedece apenas às leis que ele

<sup>62</sup> BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**... Op. Cit., p. 48.

<sup>63</sup> Ibid., p. 48-49.

<sup>64</sup> Ibid.

<sup>65</sup> Ibid., p. 49.

<sup>66</sup> Ibid., p. 52.

mesmo se deu.

Dessa forma vê-se, no seu entender, que a liberdade positiva trata da vontade. Segundo ainda Bobbio<sup>67</sup>,

as liberdades civis, inerentes ao indivíduo singular, filosoficamente são uma manifestação de concepções individualistas da sociedade, ou seja, de teorias para as quais a sociedade é uma soma de indivíduos e não um todo orgânico – a liberdade como autodeterminação ao contrário, é geralmente atribuída, no discurso político, a uma vontade coletiva, autodeterminação do corpo social do qual o indivíduo faz parte – para a primeira liberdade, liberdade em face do estado, enquanto que para a segunda, empregue-se a fórmula liberdade do Estado.

De qualquer forma, conclui que essas duas liberdades não são incompatíveis; luta-se hoje pelas liberdades civis e pela participação do povo no poder.

Interessa, ainda, aludir à ideia de liberdade concebida em *Isaiah Berlin*<sup>68</sup>, para quem ela deriva dos limites de escolha racional, optando ele pela liberdade negativa, quando se de escolha entre as várias opções existentes e não atacadas pelos outros, que “nega que a estrutura de liberdade apropriada a uma sociedade liberal possa ser derivada de qualquer teoria ou afirmada em qualquer sistema de princípios, pois a escolha entre liberdades conflitantes é muitas vezes uma escolha entre incomensuráveis”. Berlin<sup>69</sup> diz que: “alguém é livre na medida em que nenhum homem ou nenhum grupo de homens interfere nas atividades desse alguém. A liberdade política nesse sentido é simplesmente a área em que um homem pode agir sem sofrer a obstrução de outros”.

Ferreira Filho, Grinover e Ferraz<sup>70</sup> reproduzem a definição de liberdade pessoal elaborada por Maritain como sendo “o direito de dirigir sua própria vida como senhor de si mesmo e de seus atos, responsável por ele perante Deus e perante as leis da cidade”.

Lafer<sup>71</sup>, em seus *Ensaio sobre a liberdade*, fala em liberdade antiga e liberdade moderna, sendo aquela, a do cidadão, uma liberdade positiva,

<sup>67</sup> Ibid., p. 57.

<sup>68</sup> GRAY, John. **Isaiah Berlin**. Rio de Janeiro: Difel, 2000, p. 19.

<sup>69</sup> BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Tradução Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 136.

<sup>70</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrine; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Liberdades públicas**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 164-167.

<sup>71</sup> LAFER, Celso. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Perspectiva, 1980, p. 12-13.



[...] a distribuição democrática de poder entre os cidadãos que participam da feitura das leis, em virtude do acatamento pela comunidade política, dos princípios de isonomia e isegoria que asseguram aos seus membros igualdade na elaboração e aplicação das normas.

Já a liberdade moderna refere-se, segundo ele, àquela interferência que o indivíduo sofre da sociedade e do Estado, proibindo determinados atos, ou seja, em termos jurídicos, livres são os atos sobre os quais o Direito dispõe algo, permitindo-o ou não, trata-se de não-impedimento, e não do obrigatório ou do consentido, podendo ser identificada, pois, à chamada liberdade negativa.

Abordando o mesmo tema, Dotti reproduz a definição apresentada por Littré<sup>72</sup>, para quem tal palavra “traduz as condições do homem que não pertence a senhor algum, ou ainda, o direito de ser livre e de agir de acordo com a própria vontade”. E segue Dotti, citando Bergson<sup>73</sup>, para quem “nós somos livres quando nossos atos emanam da nossa personalidade inteira, quando eles exprimem, quando têm em relação a ela, aquela identidade indefinível que algumas vezes encontramos entre a obra e o artista”. Por fim, apresenta o jurista paranaense sua própria definição de liberdade, dizendo ser ela

[...] o poder que o homem exerce sobre si mesmo, permitindo-lhe escolher com autodeterminação o próprio caminho. Numa sociedade organizada, ela está sempre limitada pela lei; dentro desses limites, o Direito aparece ao indivíduo, reduzindo-lhe sutilmente o direito de escolha e conciliando-o com os interesses de terceiros e do próprio Estado.<sup>74</sup>

O que se nota, das várias posições jusfilosóficas apresentadas, é que cada uma se insere dentro do contexto histórico em que viveu seu idealizador, e a evolução, até o liberalismo, acompanha tal desenvolvimento através dos tempos, passando por várias revoluções, dentre elas a francesa, talvez a mais importante, sofrendo grande influência de cada período vivenciado pelos diversos pensadores.

As diversas definições ou conclusões ora apresentadas, não se pode nunca esquecer, dizem respeito à posição filosófica acerca da liberdade, reflexão essa que constitui o fundamento maior de todos os demais desdobramentos conceituais sobre

<sup>72</sup> LITTRÉ, Jean Rivero. **Les libertés publiques**. Paris: [s.n.], 1973, p. 04 *apud* DOTTI, René Ariel... Op. Cit., p. 02.

<sup>73</sup> BERGSON, Henri. **La liberté**. Edição Mossé-bastide Ros-marie. Paris: [sn.], 1974, p. 84 *apud* DOTTI, René Ariel... Op. Cit., p. 02.

<sup>74</sup> DOTTI, René Ariel... Op. Cit., p. 03.

o do direito de liberdade que se seguiram até os dias atuais. Invocando mais uma vez Ferreira Filho, Grinover e Ferraz<sup>75</sup>, tem-se, segundo sua concepção, a seguinte divisão:

liberdade filosófica, como vontade sobrenatural, determinismo, a ética e a psicologia, a autodeterminação; liberdade sociológica, a imposição de determinado comportamento ou condicionamento do homem; liberdade jurídica, sociologia e direito estudam as condições sociais de formação e exercício da liberdade, mas o direito, só do ponto de vista das regras jurídicas que regem tais condições; liberdades públicas, que é a que sofre a intervenção do poder através da consagração do direito positivo: assegura, protege, regulamenta.

Chega-se, hoje, quase a um consenso, assim, de que a liberdade é um direito fundamental e, por isso, deve orientar cada Estado na formação de seu modelo técnico-jurídico, ficando sujeita a limites quando assume seu caráter exterior, os quais são traçados pelo Direito, que a torna, desta forma, praticável.

Deve cada Estado “criar as condições necessárias para que a liberdade possa ser exercida dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico”<sup>76</sup>.

Em termos nacionais, a constituição monárquica do Império já trazia o princípio da liberdade, mas de forma geral, no artigo 179, 1º, assim enunciado: “nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”<sup>77</sup>, inspirando, mesmo assim, outras constituições estrangeiras.

Editada a Constituição de 1891, manteve-se o enunciado contido na que a precedeu, em seu artigo 72, estendendo-o aos estrangeiros residentes no Brasil<sup>78</sup>. O mesmo ocorreu com a Constituição de 1934<sup>79</sup>.

É de se ressaltar que apesar de não apresentar novidades com relação ao tema, cada Constituição trazia considerações especiais a respeito da aplicação concreta de tal princípio, considerações estas que foram conservadas na

<sup>75</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrine; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha... Op. Cit., p. 06.

<sup>76</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 29.

<sup>77</sup> BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)>. Acesso em: 21 set. 2012.

<sup>78</sup> Id. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm)>. Acesso em: 21 set. 2012.

<sup>79</sup> Id. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm)>. Acesso em: 21 set. 2012.

Constituição de 1937<sup>80</sup>, a qual, no entanto, deixou de qualificar a liberdade como um princípio geral, por visível influência fascista.

Chega-se, então, à Constituição de 1946, elaborada em clima de pós-guerra e sob influências ocidentais. Preocupou-se com a parte técnica de estruturação do Estado, e, conseqüentemente, também com a liberdade, dispondo neste sentido, no artigo 141: “esta Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes [...]”<sup>81</sup>. Assim também foi a previsão trazida pela Constituição de 1967, inclusive com a Emenda Constitucional de 1969, introduzindo-lhe profundas mudanças em relação aos textos constitucionais anteriores, mas nenhuma substancial no que diz respeito à liberdade e aos direitos fundamentais<sup>82</sup>.

A atual Constituição Brasileira, promulgada em de 1988, trouxe a questão da liberdade inserida em seu Título II, “dos direitos e garantias fundamentais”, e mais especificamente no primeiro capítulo, “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, dispondo logo no *caput*, do artigo 5º “que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”<sup>83</sup>.

De acordo com Ferreira<sup>84</sup>, os

[...] direitos fundamentais assegurados nas constituições formam as chamadas liberdades públicas, que limitam o poder dos entes estatais. São elas: a) as liberdades clássicas ou civis; b) a liberdade política ou liberdade participação; c) as liberdades concretas, bipartindo-se em liberdades econômicas e sociais.

É possível dizer-se, pois, que os direitos fundamentais nada mais são que os

<sup>80</sup> Id. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm)>. Acesso em: 21 set. 2012.

<sup>81</sup> Id. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm)>. Acesso em: 21 set. 2012.

<sup>82</sup> Id. **Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm)>. Acesso em: 21 set. 2012.

<sup>83</sup> Id. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao88.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao88.htm)>. Acesso em: 21 set. 2012.

<sup>84</sup> FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 60.

direitos humanos positivados.

Como se constata, assim, a atual Constituição Brasileira creditou à liberdade o devido valor, inserindo-a entre os direitos fundamentais reconhecidos pelo Estado, sendo mais abrangente e extensa que todas as constituições nacionais que a precederam, especificando e enumerando nos incisos do artigo 5º, um a um tais direitos como decorrentes de um princípio maior, que é o da dignidade humana, devendo eventuais exceções a ele, que representem, por exemplo, restrições à liberdade, vir expressamente previstas em lei, não podendo ser submetidas à avaliação subjetiva de cada um.<sup>85</sup>

Essa mesma liberdade, de modo positivo, pode ser considerada em várias de suas formas, que são divididas por Afonso da Silva<sup>86</sup> em cinco grupos:

- (1) liberdade da pessoa física (liberdades de locomoção, de circulação);
- (2) liberdade de pensamento, com todas as suas liberdades (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento);
- (3) liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação);
- (4) liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício do trabalho, ofício e profissão);
- (5) liberdade de conteúdo econômico e social (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho).

Dentro de cada um desses grupos, pode-se vislumbrar uma porção do princípio da liberdade, o qual traz consigo, também em cada um deles, clara conexão com a intimidade e a vida privada. Tem-se um direito que por muito tempo se confundiu com a própria noção de direitos humanos.

A liberdade se mostra aí como um valor fundamental à democracia, como realmente o é, permitindo que cada um controle seu próprio destino.

A atual Constituição Federal brasileira reconheceu um direito geral de liberdade, com a liberdade positiva e negativa, do qual decorrem as formas específicas que podem ser aperfeiçoadas, tendo em vista a qualidade aberta dos direitos fundamentais: “o direito geral de liberdade assume relevância jurídico-constitucional, para efeitos de aplicação da vida, quando e na medida em que não esteja em causa o âmbito de proteção de uma liberdade em espécie”<sup>87</sup>.

<sup>85</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**... Op. Cit.

<sup>86</sup> AFONSO DA SILVA, José... Op. Cit., 235.

<sup>87</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel... Op. Cit., p. 431.

Uma forma específica de liberdade, e que tem importância especial e direta ao que ora se propõe neste texto, é a de expressão, tendo em vista que a *Internet* se mostra como mais uma forma de se expressar, de expor pensamentos e ideias, ainda que isso venha a atingir outros direitos fundamentais como a igualdade, nos casos de preconceito e de discriminação racial, constituindo objeto de enfrentamento a seguir, quando, então, limites devem ser impostos pelo Estado.

### 1.2.1 Liberdade de Expressão

Liberdade de expressão constitui a possibilidade em se pensar e dizer aquilo que se pensa. Trata-se de uma forma de manifestação livre das ideias de cada um, constituindo uma das faces do direito à liberdade.

A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 19, destaca que “toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”<sup>88</sup>.

Além da previsão em tal texto internacional, a liberdade de expressão encontra proteção em todas as modernas Constituições democráticas, de forma a poder ser chamada de um Direito Constitucional, o qual foi reconhecido por todos, tendo em vista a dignidade humana.

As pessoas devem ser livres para poderem expressar suas opiniões sobre os mais diversos assuntos, em um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Conforme observa Afonso da Silva<sup>89</sup> a respeito de tal forma de liberdade, a que ele chama de liberdade de pensamento, “ela se caracteriza como exteriorização do pensamento no seu sentido mais abrangente”.

Como um conjunto de direitos, Machado<sup>90</sup> entende que

uma liberdade de expressão em sentido amplo, por alguns também

---

<sup>88</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948.** Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 20 set. 2012.

<sup>89</sup> AFONSO DA SILVA, José... Op. Cit., p. 241.

<sup>90</sup> MACHADO, Jónatas E. M... Op. Cit., p. 371.

designada liberdade de comunicação, que abrange a liberdade de expressão em sentido estrito, por vezes designada por liberdade de opinião, a liberdade de informação, a liberdade de imprensa, os direitos jornalistas e a liberdade de radiodifusão, reconduzíveis ao conceito genérico de liberdade de comunicação social, juntamente com subdireitos em que as mesmas se analisam. Todos esses direitos fundamentais devem ser acolhidos e protegidos na plenitude das suas implicações individuais, sistémicas [sic] e culturalmente criadoras (culture-creating), susceptíveis de procederem à redefinição de identidades narrativas e padrões dominantes no seio de uma qualquer comunidade.

Observa-se que “a liberdade de pensamento tem duas dimensões: a de consciência e a liberdade de expressão ou manifestação do pensamento”<sup>91</sup>.

Ainda segundo Meyer-Pflug<sup>92</sup>, podemos definir a liberdade de pensamento como o “direito de cada indivíduo pensar e abraçar as ideias que lhe aprouver sem sofrer qualquer restrição ou retaliação por parte do Estado”.

Os indivíduos têm o direito de adotar uma ação, uma postura intelectual, e desta forma, se assim quiserem, poder tornar a iniciativa de manifestarem suas opiniões sobre os mais diversos assuntos, da religião até o seu entendimento sobre um determinado tema que envolva discussão sobre raças.

Para atuar de tal forma, é necessário que se tenha acesso a todo o tipo de informação a fim de que se possa formar convencimento próprio e opinião pessoal, o que garante a liberdade.

Conforme observa Karam<sup>93</sup>, “a liberdade de expressão e de informação é inseparável da ideia de democracia. O consentimento, a participação e o controle populares são pilares inafastáveis do modelo do Estado de direito democrático”. Continuando com Karam<sup>94</sup>, observa ela que, em tal universo democrático,

[...] por mais absurda que pareça uma opinião, por mais que a maioria repudie um determinado pensamento ou uma determinada forma de ver qualquer aspecto da vida, por mais repugnante que seja uma ideia, o indivíduo tem o direito de expressar tais opiniões, ideias e pensamentos, pontos de vista ou convicções.

Seguindo esse entendimento, qualquer um pode se expressar da forma que entender, sobre qualquer assunto, ainda que seja um tabu, ainda que não seja o

<sup>91</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro... Op. Cit., p. 67.

<sup>92</sup> Ibid., p. 67.

<sup>93</sup> KARAM, Maria Lúcia. **Escritos sobre a liberdade; liberdade, intimidade, informação e expressão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 4, p. 02.

<sup>94</sup> Ibid., p. 04.

entendimento da maioria, e qualquer proibição em tal sentido estaria violando a democracia.

Aquilo que para alguns pode ser imoral, para outros pode não ser, logo, qualquer forma de censura deve ser evitada em um Estado democrático de direito. A moral, antes de ser coletiva, é particular de cada um, logo, aquele que não aceita determinada manifestação de ideias, que as evite, não tenha acesso a elas.

O poder das ideias e das expressões é enorme. É claro que, dentro de uma forma de convivência em sociedade, alguns limites devem ser impostos, mas isso deve ocorrer apenas quando outros direitos fundamentais, como a liberdade, mereçam proteção: “como ocorre em quaisquer outras manifestações da liberdade individual, como ocorre em relação a quaisquer direitos fundamentais, a liberdade de expressão e informação só é absoluta enquanto não são atingidos ou concretamente ameaçados direitos de terceiros” <sup>95</sup>. Os direitos fundamentais devem prevalecer sobre os demais tipos de direitos.

Normalmente a liberdade de expressão, quando se manifesta de forma a atingir outras pessoas, de forma individual, às vezes até de forma coletiva quando se referiria a determinados grupos, o faz com relação à honra, e em tais casos, o limite se impõe apenas quando ocorram casos significativos de ofensa e desmoralização. Tal limite, no entanto, deve ser analisado na sua forma de atuação, isto é, de censura ou de outra forma de resposta.

O certo é que, assim como o direito de liberdade, o direito de igualdade deve ser respeitado e protegido pelo Estado, a fim de se ter realmente uma verdadeira democracia, e para isso deve existir uma estrutura suficiente para proteger e garantir todas as formas de direitos individuais.

A manifestação livre de expressão sem dúvida constitui parte da liberdade de cada um, considerando-se as consequências que dela podem advir; sua manifestação deve seguir o caminho do racional, com valorações morais e éticas.

Nos dias atuais, a liberdade de expressão ocupa lugar de destaque entre os direitos fundamentais, tendo em vista as diversas implicações que dela decorrem, em especial a liberdade individual de pensamento e autodeterminação dentro de uma sociedade democrática politicamente, somando-se a outros direitos indispensáveis a um ser humano reconhecido como tal.

---

<sup>95</sup> Ibid., p. 11.

Em tal sentido, Machado<sup>96</sup> destaca objetivos considerados especiais à liberdade de expressão,

[...] entre outros, a procura da verdade, a garantia de um mercado livre de idéias [sic], a participação no processo de autodeterminação democrática, a proteção da diversidade de opiniões, a estabilidade social e a transformação pacífica da sociedade e expressão da liberdade individual.

Cada um desses objetivos devem ser considerados em eventual ponderação de bens fundamentais.

Eventual censura sobre a liberdade de expressão pode-se mostrar como uma forma de silenciar a verdade, quer de forma integral, quer de forma parcial, mas de maneira a alienar as pessoas, uma vez que, sem citada liberdade, é menos possível se alcançarem verdades, mesmo que estas, na realidade, se demonstrem inalcançáveis de forma plena. Ainda assim a liberdade deve ser permitida sob pena de se direcionar fatos que acontecem no dia-a-dia de uma sociedade.

Percebe-se que, com a liberdade de expressão, se permite o acesso às mais diversas formas de compreensão existentes no mundo, e dos mais diversos seios culturais. Com isso se tem a verdade avaliada entre diversas opiniões, o que se denomina mercado livre de ideias, as quais, mesmo que contraditórias entre si, permeiam a realidade possibilitando a todos seu acesso, de modo que cada um forme a sua verdade.

Na realidade, a liberdade de expressão funciona como um instrumento de preponderância popular e de proteção da democracia política e social, ou seja, um instrumento de autodeterminação e de formação de opinião e de vontade política, de forma a possibilitar a manifestação de iniciativas populares em busca do que consideram correto. Isto preserva ainda mais a liberdade e a igualdade de uma ordem democrática constitucional pública, levando a uma conexão entre os diversos direitos fundamentais. Assim os interesse individuais e públicos podem ser realizados de forma mais completa, pois o controle do exercício dos poderes públicos ficam mais acessíveis, evitando-se manifestações autoritárias de governo. Nessa linha de pensamento, Machado<sup>97</sup> observa que

só a existência de uma opinião pública autónoma [sic] pode funcionar

---

<sup>96</sup> MACHADO, Jónatas E. M... Op. Cit., p. 237.

<sup>97</sup> Ibid., p. 278.



como garantia substantiva da democracia, sendo certo que o direito fundamental à liberdade de expressão é um dos instrumentos substantivos fundamentais de garantia de uma tal autonomia.

A diversidade de opiniões faz parte desse ideal democrático, pois tal diversidade engrandece o debate público e o protege, de forma a garantir a liberdade de ideias e opiniões, uma vez que estão em constante evolução social. Diante de liberdade de expressão, manifestações em prol de Estados autoritários, baseados na imposição de ideias e ameaças de consequências, ficam mais difíceis de alcançar uma vitória sobre a população. Mais uma vez, reportando a Machado<sup>98</sup>:

a consideração autónoma [sic] desta finalidade reveste-se de importantes consequências na densificação das liberdades de comunicação, devendo estas ser construídas num nível de generalidade suficientemente elevado para acomodar, em boa medida, o discurso do ódio, do confronto e do conflito, não podendo os códigos formais, as regras de civilidade ou os padrões comunitários ser utilizados para escamotear, ignorar ou encobrir situações de tensão resultantes de relações sociais caracterizadas pela desigualdade, dominação e discriminação.

Uma maior paz social deve ser um objetivo a ser perseguido, sendo que, para tanto, um contrato social é necessário, com suas mais diversas implicações, inclusive um controle da liberdade pelo direito, se necessário para o convívio das diferenças, ao que a comunicação de ideias pode sofrer alguma restrição, como exceção, tendo em vista o abuso. Isso não significa que a livre convicção de cada um e o debate de entendimento não faça parte da constituição e desenvolvimento pessoal, mas sim que este deve ocorrer dentro de certos parâmetros morais e éticos.

A legislação norte-americana é conhecida mundialmente como aquela que maior valor tem dado ao tema liberdade, em especial no que se refere à Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, a qual dispõe:

o Congresso não fará lei alguma que tenda a estabelecer uma religião, ou proibir o livre exercício de cultos, ou cercear a liberdade de palavra ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao governo petições para a reparação de seus agravos. (tradução do autor).<sup>99</sup>

<sup>98</sup> Ibid., p. 283.

<sup>99</sup> ESTADOS UNIDOS. **Declaração de direitos dos Estados Unidos da América de 1787** apud RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Editora

Dessa previsão constitucional percebe-se o valor que se deu à liberdade de expressão para a sociedade americana. No entanto, dessa previsão também decorreram inúmeras questões que passaremos a expor brevemente.

O Estado, de acordo com a Primeira Emenda, ficou limitado no que se refere à garantia de liberdade do cidadão. Entretanto “não impediu que algum tipo de limitação à liberdade sempre fosse admitida como forma de proteção do ‘interesse público’”<sup>100</sup>.

De acordo com Meyer-Pflug<sup>101</sup>, analisando a jurisprudência americana, “a liberdade de expressão esteve sempre mais voltada para a proteção dessa liberdade na esfera pública, consistente no direito do indivíduo de expressar a sua opinião política”.

Ainda fazendo uso das palavras da citada autora,

o direito americano protege a liberdade de expressão, a princípio, independentemente da ideia que está sendo veiculada, principalmente da ingerência do Poder Público nessa seara. A liberdade de expressão no direito americano erigiu à condição de um verdadeiro símbolo cultural. Pode-se afirmar que ela desfruta de uma “posição preferencial” em relação aos demais direitos, como ocorre no sistema espanhol.<sup>102</sup>

É uma liberdade que possibilita que se atinja a autodeterminação coletiva.

Fiss<sup>103</sup> observa que a Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos apresenta duas visões, uma libertária e outra democrática: a primeira considera pessoa individualmente, isto é, que o texto legal preserva a liberdade como forma de expressão do pensamento, enquanto que a segunda envolve o direito de informação de todos com relação aos mais diversos assuntos, de maneira a poderem formar sua opinião própria, promovendo debate público. Fiss<sup>104</sup> afirma que “os debates do passado foram baseados na visão de que o Estado era um inimigo natural da liberdade. Era o Estado que estava procurando silenciar o orador (speaker) individual e era o Estado que deveria ser controlado”. E prossegue citado autor

---

Revista dos Tribunais, 2006, p. 264-265. No original: “Congress shall make no Law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof, or abridging the freedom of speech, or of the press, or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances”.

<sup>100</sup> FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 03.

<sup>101</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro... Op. Cit., p. 131.

<sup>102</sup> Ibid., p. 133.

<sup>103</sup> FISS, Owen M... Op. Cit.

<sup>104</sup> Ibid., p. 28.

dizendo que “a visão libertária – de que a Primeira Emenda é uma proteção da auto-expressão – faz um apelo para o ethos individualista que tanto domina nossa cultura popular e nossa cultura política”<sup>105</sup>.

A Suprema Corte americana tem feito uma leitura da Primeira Emenda não como uma forma de vedação absoluta a qualquer tipo de regulação por parte do Estado. Com isso, o Estado pode regular a liberdade de expressão, podendo ocorrer um ataque à democracia por meio da censura.

Esse posicionamento sofre variações de acordo com a composição da Corte e do momento temporal, “mas sua posição sempre refletiu uma ponderação de dois interesses em conflito – o valor da liberdade de expressão versus os interesses promovidos pelo Estado para sustentar a regulação”<sup>106</sup>. Um exemplo do interesse estatal sobre a liberdade de expressão é o “*clear and present danger*: A regra que permite o Estado suprimir o discurso que gere um “perigo iminente e manifesto” a um vital interesse estatal”<sup>107</sup>. Trata-se de um conceito indeterminado e que decorre da interpretação que venha a ocorrer em um caso concreto, por parte dos julgadores.

Com isso fica constatado que a Primeira Emenda pode sofrer entendimento mais restrito quando se tiver o embate de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, como no caso do *clear and presente danger* citado, o qual foi objeto de decisão do juiz Oliver Holmes da Suprema Corte em decisão envolvendo palavras provocadoras e discurso de ódio, para o qual “o Estado pode limitar ou até mesmo proibir o uso dessas palavras em um determinado discurso, desde que esses termos estejam a provocar um ‘perigo claro e iminente’ (clear and danger) de uma ação concreta que venha a violar um outro direito fundamental”<sup>108</sup>. No entanto, observa a própria Meyer-Pflug<sup>109</sup> que, no caso de uma defesa geral de ideias, a interferência do Estado não deve existir.

A leitura da Primeira Emenda variou de acordo com o passar dos tempos e com as realidades impostas.

---

<sup>105</sup> Ibid., p. 29.

<sup>106</sup> Ibid., p. 33.

<sup>107</sup> Ibid., p. 34.

<sup>108</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro... Op. Cit., p. 139.

<sup>109</sup> Ibid.

No século XVIII, William Blackstone<sup>110</sup>, reconhecido jurista norte-americano, defendia que a liberdade de expressão, como forma de direito “só tinha força contra o que se chamava ‘restrição prévia’”. Blackstone dizia que o Estado não podia impedir os cidadãos de publicar o que bem entendessem, mas era livre para puni-los depois da publicação caso a matéria publicada fosse afrontosa ou perigosa”.

A “discussão prévia”, como forma de proibição pela Primeira Emenda perdurou por mais de um século.

Fiss<sup>111</sup> observa que nos anos 1960 ocorreram notáveis variações de entendimento sobre a liberdade de expressão. Em especial os juízes Holmes e Brandeis foram os grandes responsáveis por isso. Holmes, conforme já citado anteriormente, apresentou a fórmula do “perigo evidente e imediato” como substituição à “discussão prévia”, além do que “os juízes acrescentaram também que a Primeira Emenda não se aplicava à obscenidades e às ações particulares de compensação por calúnia e difamação”<sup>112</sup>. O ofendido em sua honra tinha o direito de resgatar sua reputação.

Ressalte-se, no entanto, que tais tipos de ações judiciais não eram de atribuição da Suprema Corte, mas sim regidas por leis estaduais. Foi quando em uma ação do Alabama, envolvendo liberdade de imprensa, o advogado Herbert Wechsler, contratado pelo *Times*, defendeu a tese de que a Primeira Emenda também se aplicava à legislação estadual sobre calúnia, tese esta por fim reconhecida pela Suprema Corte, surgindo a regra *Sullivan*.

Citada decisão da Suprema Corte envolvia comentário sobre funcionários públicos:

nos debates públicos, dizia a sentença, pode-se recorrer a exageros, ao vilipêndio de pessoas proeminentes, e inclusive a falsidades, porém, essas liberdades de expressar-se são essenciais para a formação de uma opinião esclarecida e para o correto entendimento dos cidadãos de uma democracia.<sup>113</sup>

Somente se poderia afastar a proteção de comentários sobre funcionários públicos e a possível prova da *actual malice*, ou seja, que já se sabia previamente

<sup>110</sup> BLACKSTONE, William *apud* DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 314. (Sem informações sobre a obra citada).

<sup>111</sup> FISS, Owen M... Op. Cit.

<sup>112</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**... Op. Cit., p. 316.

<sup>113</sup> SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Liberdade de expressão e Direito Penal no estado democrático de direito**. São Paulo: IBCCrim, 2000, p. 146.

que a notícia que se publicava era falsa, ou que se desprezava conhecidamente se era falsa ou não.

Após tal decisão, a jurisprudência norte-americana relacionada à liberdade de expressão aumentou muito, vindo não somente a atingir os funcionários, mas as figuras públicas, devendo ser aplicada sempre que assuntos de interesse público estejam envolvidos.

Posteriormente, em 1974, nova decisão, utilizando-se da regra *Sullivan*, veio a apresentar o entendimento segundo o qual

[...] já não basta a notícia – como no “case Roseembloom” – mas sim, é necessário realizar a anterior distinção entre pessoas públicas e privadas para operar com o critério “actual malice” ou “negligence”, respectivamente, para se determinar a responsabilidade do informador. Em qualquer caso, o demandante é que precisa provar a falsidade da informação, assim como que o autor (da informação) conhecia essa falsidade ou atuou com desprezo para com a verdade, ou com negligência.<sup>114</sup>

Com relação à liberdade de imprensa prevaleciam duas justificações. A primeira alegando que interessa o benefício social do que as pessoas dizem. Já a outra justificativa observava que “o Estado deve tratar todos os cidadãos adultos (com exceção dos incapazes) como agentes morais responsáveis, sendo esse um traço essencial ou ‘constitutivo’ de uma sociedade política justa”<sup>115</sup>.

Como observa Dworkin<sup>116</sup>, citadas justificações denominadas de instrumental e constitutiva não se excluem mutuamente. Pelo aspecto utilitarista, se é livre para se fazer o que quiser, desde que isso não prejudique outras pessoas.

Segundo Dworkin<sup>117</sup> os dois tipos de justificações têm muitos pontos em comum, apesar de a instrumental ser mais frágil e limitada que a constitutiva, em especial por tratar de proteção da expressão política, mas ressalva que nenhum deles atribui caráter absoluto à liberdade: “ambos admitem que os valores por eles invocados podem ser postos em segundo plano em casos especiais: ao se decidir, por exemplo, até que ponto se devem censurar informações militares”.

Pelo aspecto utilitarista, se é livre para fazer o que se quiser, desde que isso não prejudique outras pessoas

<sup>114</sup> SILVA, Tadeu Antonio Dix... Op. Cit., p. 148.

<sup>115</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**... Op. Cit., p. 319.

<sup>116</sup> Ibid.

<sup>117</sup> Ibid., p. 321.

Nos dias atuais a liberdade de expressão tem apresentado alguns aspectos que produzem discussões, as quais são dominadas por questões de incitação ao ódio e à pornografia, e isso tem um grande reflexo nos discursos liberais, pois envolve a ideia de igualdade, a qual também deve ser assegurada pelo Estado:

muitos participantes dos debates atuais reconhecem prontamente a força da igualdade, mas se recusam a render-se a ela. Eles honram o contravalor, porém resolvem o conflito entre liberdade e igualdade em favor da liberdade. A Primeira Emenda deve ter precedência, dizem eles.<sup>118</sup>

Trata-se da leitura absolutista, inicialmente citada, da Suprema Corte.

Tal postura da Corte acabou por sofrer mudanças, reconhecendo-se a garantia ao direito da igualdade, o que levou à elaboração de leis contrárias à discriminação. Não se pode esquecer que a igualdade é igualmente um direito indispensável à democracia, constituindo com a liberdade um valor que a fundamenta.

Ressalte-se que diante da igualdade, todos os lados devem ser trazidos a público. Segundo Fiss<sup>119</sup>:

a frase “liberdade de expressão” implica uma concepção organizada e estruturada da liberdade, que reconhece certos limites quanto ao que deve ser incluído e excluído. Essa é a teoria segundo a qual a regulação do discurso voltada à proteção da segurança nacional ou da ordem pública é às vezes permitida; ela poderia estar igualmente disponível quando o Estado estiver tentando preservar a completude do debate. Com efeito, a Primeira Emenda deveria ser mais permeável a tal regulação, uma vez que ela busca promover os valores democráticos subjacentes à própria Primeira Emenda.

Nos últimos anos a Suprema Corte tem feito uso do princípio da neutralidade do conteúdo, o qual trabalha com o que está sendo falado, não podendo o Estado regular isso, o que pode ser usado em diversos contextos com forte poder: “o princípio da neutralidade de conteúdo proíbe o Estado de tentar controlar a escolha das pessoas dentre pontos de vistas contrapostos, favorecendo ou desfavorecendo um lado do debate”<sup>120</sup>.

No entanto, tal princípio pode estar ferindo a verdadeira democracia, impedindo que o Estado, como mediador, permita o pleno acesso às informações

---

<sup>118</sup> FISS, Owen M... Op. Cit., p. 42.

<sup>119</sup> Ibid., p. 51.

<sup>120</sup> Ibid., p. 53.

integrais de determinado discurso, possibilitando assim a formação da verdadeira ideia de cada um.

Deve ser lembrado que a liberdade de expressão constitui um direito fundamental, e como tal tem dimensões positivas e negativas. De forma negativa, envolve o aspecto de proteção contra terceiros, o que cabe ao poder público, devendo ainda o Estado se abster de interferir no exercício do direito. Compete ao Estado garantir a efetivação desse direito fundamental, em especial na moderna sociedade de riscos.

Voltando-se para a Constituição Federal brasileira, o que se destaca é que ela tratou o termo liberdade de expressão como um tipo genérica das diversas formas de expressão: liberdade de pensamento, de religião, dentre outras. Observe-se que a liberdade de expressão, de alguma maneira, sempre esteve presente nos diversos textos constitucionais nacionais, de 1824 até os dias presentes.

No atual texto constitucional sua previsão encontra-se já no artigo quinto, em vários incisos, além de outros artigos no restante da constituição, a exemplo do artigo 220 que trata da comunicação social, de forma que, em conjunto, se tenha o direito de liberdade de expressão, tendo como pontos que podem ser indicados como principais, de forma a determinar a extensão de tal direito, como observam Sarlet, Marinoni e Mitidiero<sup>121</sup>, a manifestação de pensamento, a liberdade de expressão artística, de ensino e pesquisa, de comunicação e de informação e a liberdade de religião.

Considerando, então, as diversas formas envolvidas na liberdade de expressão, poderia se entender que a liberdade de pensamento, dentro da qual consideramos a liberdade de opinião, como uma forma que envolveria as demais, estando ela diretamente ligada à dignidade humana e a forma democrática de governo. Trata a liberdade de expressão da “liberdade de exprimir opiniões, portanto juízos de valor a respeito de fatos, ideias, portanto, juízos de valor sobre opiniões de terceiros etc”<sup>122</sup>. Sarlet, Marinoni e Mitidiero<sup>123</sup> observam, ainda, que a liberdade de expressão possui uma preferência em relação a outros princípios e direitos fundamentais, no caso de possíveis conflitos, reconhecendo, portanto, que isso é possível, não no sentido de que essa forma de liberdade é absoluta e imune a

---

<sup>121</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel... Op. Cit.

<sup>122</sup> Ibid., p. 442.

<sup>123</sup> Ibid.

restrições, mas no sentido de possuir ela uma vantagem sujeita a questões de proporcionalidade, por exemplo.

Na Constituição Federal do Brasil, tal vantagem encontra reconhecimento quando o texto determina a vedação da censura em seu artigo quinto, inciso IX, mas isso não significa que não se possam sancionar ou restringir abusos e lesões a direitos de outras pessoas. De outro lado, o texto, no artigo quinto, inciso IV, veda o anonimato e garante o direito de resposta proporcional ao agravo, o que se encontra no mesmo artigo, em seu inciso V, o que, de certa forma, limita a liberdade de expressão, devendo-se ter o cuidado de não inibir tal forma de liberdade, usando-se de razoabilidade.<sup>124</sup>

Em termos de uma síntese sobre a liberdade de expressão, observam Sarlet, Marinoni e Mitidiero<sup>125</sup> que:

[...] doutrina e jurisprudência, notadamente o STF, embora adotem a tese da posição preferencial da liberdade de expressão, admitem não se tratar de direito absolutamente infenso a limites e restrições, desde que eventual restrição tenha caráter excepcional, seja promovida por lei e/ou decisão judicial (visto que vedada toda e qualquer censura administrativa) e tenha por fundamento a salvaguarda da dignidade da pessoa humana (que aqui opera simultaneamente como limite e limite aos limites dos direitos fundamentais) e de direitos e bens jurídico-constitucionais individuais e coletivos fundamentais, observando-se os critérios de proporcionalidade e da preservação do núcleo essencial dos direitos em conflito. Que, em qualquer caso, existindo dúvida a respeito da legitimidade da restrição é de se privilegiar a liberdade de expressão, segue sendo um parâmetro que não deve cair jamais no esquecimento.

Em vista da dignidade humana, restrições à liberdade de expressão são uma realidade quando ocorre a degradação do ser humano de forma intolerável; por outro lado o aumento de informações acarreta uma maior igualdade entre as pessoas. Essas restrições podem ter a forma legal, ou seja, por meio de legislações específicas que tenham por fim valores a direitos fundamentais, como a lei de discriminação e preconceito, tema fim que se enfrentará na parte final do presente texto.

Importante ressaltar que a liberdade guarda relação com a democracia, para a qual a liberdade de expressão é importante, uma vez que procura estimular essa

---

<sup>124</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988...** Op. Cit.

<sup>125</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel... Op. Cit., p. 457.



liberdade com igualdade: “a democracia moderna não só não é incompatível com o liberalismo como pode dele ser considerada sob muitos aspectos e ao menos até um certo ponto um natural prosseguimento”<sup>126</sup>.

Prossegue Bobbio<sup>127</sup> afirmando que

Para o liberal, o fim principal é a expansão da personalidade individual, mesmo se o desenvolvimento da personalidade mais rica e dotada puder se afirmar em detrimento do desenvolvimento da personalidade; para o igualitário, o fim principal é o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto, mesmo que ao custo de diminuir a esfera de liberdade dos singulares.

A única forma de igualdade que só não é compatível com a liberdade tal como entendida pela doutrina liberal, mas que é inclusive por essa solicitada, é a igualdade na liberdade: o que significa que cada um deve gozar de tanta liberdade quanto compatível com a liberdade dos outros, podendo fazer tudo o que não ofenda a igual liberdade dos outros.

Tais afirmações acabam por estimular a igualdade diante da lei e a igualdade de direitos, demonstrando já a possibilidade de dois direitos fundamentais apresentarem alguma contraposição de forma que um acabe por ceder diante do outro, ao mesmo tempo em que representa o afastamento de discriminações em uma sociedade democrática.

Com isso mostra-se necessário o estudo sobre a igualdade, sobre sua íntima relação com a liberdade, mas também a possibilidade de colisão entre esses dois direitos, em busca de uma maior dignidade humana, como nos casos de preconceito e de discriminação decorrentes da liberdade de expressão a qual encontra na *Internet* mais uma forma de sua manifestação, e de como deve o Estado atuar nesses casos.

### 1.3 A IGUALDADE

A igualdade envolve uma relação de valor dentro de uma totalidade onde se procura o justo como objetivo humano desejável, como medida de garantir-se um mínimo de dignidade ao ser humano que se organizou socialmente, com liberdade.

<sup>126</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1997, p. 37.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 39.

Citada afirmação pode ser verificada na evolução histórica e filosófica do ser humano.

Por uma perspectiva filosófica, em sua obra *Leviatã*, Hobbes<sup>128</sup> destacou que, no estado natural, a igualdade deu tudo para todos os homens, permitindo assim que um invada com razão ao outro e a este resistir, de forma a levar a autodestruição, uma vez que, em igualdade de potência, não se terá um vencedor. O *Leviatã* seria o guardião da igualdade. Nesse sentido a igualdade se mostra necessária à ordem normativa, sendo a condição da vida, quer no sentido físico do forte e do fraco, ou no que diz respeito às faculdades do espírito. Para o filósofo a desigualdade era uma decorrência das leis civis.

Sobre a igualdade, Salgado<sup>129</sup>, analisando o posicionamento de Aristóteles, o qual via na justiça o dever de dar aos iguais coisas iguais e coisas diferentes aos desiguais, disse que

a virtude que leva em consideração o outro como o igual e cujas ações se determinam por essa igualdade é a justiça. Também aí preside o conceito de igualdade, de dar a cada um o que é seu e não reivindicar em excesso o bem, nem suportar com escassez o mal em prejuízo de outrem. [...] Há, pois, duas espécies de justiça, assim classificadas segundo os tipos de igualdade matemática conhecida: a justiça distributiva que expressa uma igualdade proporcional, geométrica, e a justiça comutativa que exprime uma igualdade aritmética. Ambas traduzem a igualdade. Entretanto, a igualdade que encontramos na justiça retificadora refere-se aos bens, enquanto que a igualdade da justiça distributiva é uma igualdade de relações.

Estudando Tomás de Aquino, Salgado<sup>130</sup> diz que a igualdade guardava relação com a justiça no sentido de que o que fosse mais igual ao outro é que levava ao justo, sendo o outro, então, a medida da igualdade no sentido de o que lhe é adequado, e isso era determinado pela lei divina.

Apesar de encontrarmos nas leis dos Estados Democráticos de Direito a expressão de que “todos são iguais”, relativamente ao igual tratamento diante da lei, o entendimento correto a se ter sobre tais palavras é de que assim deveria ser a realidade, pois, na verdade, as desigualdades sociais e físicas são as mais diversas, de maneira que as leis devem observar as pessoas.

Diante dessa constatação, se não somos iguais, nada mais justo que exista

<sup>128</sup> HOBBS, Thomas... Op. Cit.

<sup>129</sup> SALGADO, Joaquim Carlos... Op. Cit., p. 47-48.

<sup>130</sup> Ibid.

um tratamento diferenciado, devendo a igualdade atuar nesse sentido. A questão é de como se fazer isso.

O que se pode inicialmente concluir é que a questão da igualdade também se dirige ao legislador no que tange ao conteúdo da lei, devendo ser criado um direito igual para todos.

A igualdade envolve uma relação de valor dentro de uma totalidade onde se procura o justo como objetivo humano desejável: “se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento igual, então, é obrigatório um tratamento desigual”<sup>131</sup>. O contrário também se mostra verdadeiro.

Por sua vez, Saba<sup>132</sup> discorre sobre a igualdade como “inexistência de opressão, submissão ou, usando uma linguagem mais moderna, exclusão, alude ao imperativo moral de uma liberdade igual como precondição da autonomia das pessoas” (tradução nossa).

Quando se pensa em igualdade, deve-se, antes de mais nada, aceitar que se está tratando de uma relação entre os indivíduos, os quais apresentam individualidades, quer de ordem natural, quer de ordem social. Portanto, quando se propõe a discutir sobre a igualdade, é preciso que se determinem os aspectos que se procura determinar ou delimitar, ou seja, conforme destaca Bobbio<sup>133</sup>, “é preciso responder a duas perguntas: a) igualdade entre quem?; b) igualdade em quê?”<sup>134</sup>, vindo ele mesmo a apresentar como respostas possíveis: “a) igualdade entre todos e em tudo; b) igualdade entre todos em algo; c) igualdade entre alguns em tudo; d) igualdade entre alguns em algo”. Observa Bobbio<sup>135</sup> que o igualitarismo corresponde à primeira resposta, ao mesmo tempo que reconhece como ideal de igualdade uma “equalização dos diferentes”, de modo a superar as formas de discriminação de raça, sexo e classe social. A liberdade individual está associada à igualdade jurídica.

Apresentar um conceito do que seja igualdade é uma tarefa árdua, ainda mais quando se pensa em justiça, razão pela qual recorremos a Bobbio<sup>136</sup> quando

<sup>131</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**... Op. Cit., p. 409.

<sup>132</sup> SABA, Roberto. (Des) igualdad estructural. In: GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo. **El derecho a la igualdad**: aportes para un constitucionalismo igualitario. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007, p. 164. No original: “inexistencia de opresión, sometimiento o, usando un lenguaje más moderno, exclusión, alude al imperativo moral de una igual libertad como precondición de la autonomía de las personas”.

<sup>133</sup> Ibid., p. 36.

<sup>134</sup> BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**... Op. Cit., p. 12.

<sup>135</sup> Ibid., p. 12.

<sup>136</sup> Ibid., p. 12.

ele diz que “a igualdade é pura e simplesmente um tipo de relação formal, que pode ser preenchida pelos mais diversos conteúdos”. E prossegue citado filósofo afirmando que

o conceito e o valor da igualdade pressupõem, para sua aplicação, a presença de uma pluralidade de entes, cabendo estabelecer que tipo de relação existe entre eles: enquanto se pode dizer, no limite, que é possível existir uma sociedade na qual só um é livre (o déspota), não teria sentido afirmar que existe uma sociedade na qual só um é igual. A igualdade é um modo de estabelecer um determinado tipo de relação entre os entes de uma totalidade, mesmo quando a única característica comum desses entes seja o fato de serem livres.<sup>137</sup>

Existem dois tipos de demandas no que se refere a justiça social e igualdade: uma redistributiva, em que deve ocorrer uma distribuição mais justa de recursos e bens, outra chamada de reconhecimento, no caso das diferenças. Fraser<sup>138</sup> entende que o ideal é uma combinação de ambas, sem que uma afete a outra, em uma forma de participação paritária, de forma a solucionar as injustiças sociais e econômicas.

A igualdade pode ser vista, então, sobre diversas formas ou significados.

Existe a questão da igualdade como justiça, em que uma lei é vista como justa por apresentar conformidade com uma lei superior e por instituir uma relação de igualdade como desejo de uma sociedade harmônica. Em tal caso, a igualdade é vista como uma medida de uma condição necessária que envolva o todo. Citada medida está condicionada aos critérios de justiça, segundo os quais os iguais devem ser tratados como iguais e os desiguais como desiguais (regra de justiça, segundo Bobbio).

Observa Bobbio<sup>139</sup> existir também a igualdade de fatos, destacando que se trata da igualdade “com relação aos bens materiais, ou igualdade econômica, que é assim diferenciada da igualdade formal ou jurídica e da igualdade de oportunidades ou social”.

A Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948 especifica que

<sup>137</sup> Ibid., p. 13.

<sup>138</sup> FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integral de justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAMA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

<sup>139</sup> BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**... Op. Cit., p. 32.

“todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”<sup>140</sup>. O que se tem em tal caso é a igualdade perante a lei, a qual envolve a igualdade em direitos existente entre os homens, em especial no que tange aos direitos fundamentais, obrigando um tratamento igual do Estado daqueles que se encontram nas mesmas circunstâncias, o que possibilita a leitura de que distinções são possíveis, desde que razoáveis, entre aqueles que estão em circunstâncias diversas nas práticas sociais.

A igualdade como imparcialidade é um outro perfil que se pode dar à questão da igualdade. Trata-se da aplicação do direito sem discriminação, a exemplo do que dispõe o artigo terceiro, em seu inciso IV da Constituição Federal do Brasil. Isso não significa que diferenciar o tratamento dado a pessoas, de acordo com suas qualidades ou em certas situações, seja ir contra a igualdade (o tratamento dado ao idoso, por exemplo), pois do contrário não se teria razoabilidade. Existindo motivos, e observando a proporcionalidade, pessoas diferentes devem ser tratadas de forma diferente.

Na realidade, o que se tem é a função de não discriminação dos direitos fundamentais, segundo a qual deve o Estado tratar a todos de forma igual em todos os aspectos e direitos, desde liberdades e garantias até às prestações que a tal ente são determinadas: saúde, educação, dentre outras.

Por outro lado, tem-se a igualdade distributiva, a qual está relacionada à distribuição de recursos entre as pessoas de forma justa. A meritocracia seria uma das formas para essa distribuição. No entanto, isso exigiria uma igualdade inicial de condições de todos, ou seja, a existência de igual oportunidade natural. Tal igualdade encontra obstáculos de ordem social e natural (classes sociais e condições físicas naturais, por exemplo).

A igualdade de oportunidades faz parte da concepção de justiça social baseada no mérito; envolve uma disputa entre pessoas tendo em vista determinado objetivo, quando se oferece a todos a possibilidade de buscar o melhor em função do merecimento. O que se tem é uma igualdade diante de um Estado social. O problema é que para tanto as pessoas deveriam ser posicionadas nas mesmas condições sociais e materiais, iguais, para competir pela vida, pois, sem examinar bens primários naturais, a fim de se determinar a posição de cada um, a oportunidade deixa de ter validade, sendo inadequada. Somente em tais condições

---

<sup>140</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos dos Homens...** Op. Cit.

se poderia afirmar que o sucesso ou o fracasso depende de cada um. Citadas posições variam de acordo com cada sociedade e momento histórico. Essa igualdade está diretamente ligada à influência das características naturais pessoais e com isso se tem uma igualdade de posições.

Igualdade de recursos, por sua vez, é uma proposta de Dworkin<sup>141</sup>, em que deve existir um ponto de partida justo e equitativo a partir do qual as pessoas façam suas escolhas, o que no entanto é muito difícil de se determinar, pode-se dizer impossível.

De tal forma deve existir uma universalização de recursos, de maneira a que todos tenham igual direito, deixando de lado diferenças pessoais. Esse critério deve ainda respeitar as necessidades de cada um, suas particularidades (idoso, por exemplo), a desigualdade é admitida se for o melhor para os menos favorecidos, o que diminuiria as diferenças existentes de forma arbitrária. A utilização de vantagens naturais deve se dar de forma a beneficiar os que estão em posição desfavorável. Citado princípio é aplicado a todas as formas de desigualdades.

Retornando a Dworkin<sup>142</sup>, em sua obra “A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade”, citado autor observa que um governo legítimo deve ter igual consideração em relação aos seus cidadãos, constituindo uma igualdade soberana da comunidade política, como uma virtude, inexistente em governos de tiranias, destacando que “este livro argumenta que a igual consideração requer que o governo aspire a uma forma de igualdade material que chamo de igualdade de recursos, embora possa haver outros nomes também adequados”, com isto demonstrando sua preferência por essa forma de igualdade. Destaca ainda citado autor que muitos filósofos entendem a igualdade como a necessidade de se privilegiar a média de todas as pessoas, enquanto que outros destacam o aspecto de se beneficiar ao máximo as pessoas desprivilegiadas, e outro grupo determina que cada um deve ser responsável por suas próprias escolhas.

Na citada obra de Dworkin<sup>143</sup>, ele se dispõe a enfrentar os posicionamentos filosóficos destacados linhas atrás, mas em conjunto:

o primeiro princípio requer que o governo adote leis e políticas que garantam o destino de seus cidadãos, contanto que o governo

<sup>141</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade...** Op. Cit.

<sup>142</sup> Id. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade.** Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. XII.

<sup>143</sup> Ibid., p. XVII.

consiga atingir tal meta, não dependa de quem sejam – seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o governo se empenhe, novamente se o conseguir, por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram. As doutrinas e os dispositivos principais que o livro apóia [sic] – a escolha de recursos pessoais e impessoais como medida de igualdade, do custo das oportunidades para os outros como medida de direito de posse de recursos impessoais, e de um mercado hipotético de seguros como modelo para a tributação redistributiva – podem todos ser vistos como modelados por essas duas exigências.

A igualdade, vista por Dworkin<sup>144</sup>, é uma igualdade distributiva que ele divide em igualdade de bem-estar e igualdade de recursos, apesar de sua ressalva de que existem outras teorias sobre o tema, dentre elas a questão da meritocracia ou da igualdade de oportunidades, afirmando que aqueles que defendem a igualdade devem fazer uma escolha entre os dois tipos ou até uma combinação de ambos. Sobre a igualdade de bem-estar, destaca que “o esquema distributivo trata as pessoas como iguais quando distribui ou transfere recursos entre elas até que nenhuma transferência adicional possa deixá-las mais iguais em bem-estar”<sup>145</sup>. Sobre a igualdade de recursos, esta “afirma que as trata como iguais quando distribui ou transfere de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais iguais suas parcelas do total de recursos”<sup>146</sup>. As duas teorias são muito abstratas, tendo em vista a diversidade de entendimento do que se pode considerar um recurso igual, ou do que seja bem-estar, que pode ser visto, por exemplo, como o que é fundamental para a vida de forma geral, ou ainda como algo que produza prazer, satisfação. Em uma reunião de teorias, poderia defender-se que os recursos produzem bem-estar.

Sobre a igualdade de bem-estar, ressalta Dworkin<sup>147</sup> existirem grupos de teorias vencedoras sobre o tema. Alguns

[...] presumem que o bem-estar individual é uma questão de êxito na satisfação de preferências, na realização de metas e aspirações e, assim, a igualdade de êxito, como conceito de igualdade de bem-estar, recomenda a distribuição e a transferência de recursos até que nenhuma transferência adicional possa reduzir as diferenças de êxitos das pessoas. Porém, como as pessoas têm tipos diferentes de preferências, a princípio estão disponíveis diversas versões de

---

<sup>144</sup> Ibid.

<sup>145</sup> Ibid., p. 04.

<sup>146</sup> Ibid., p. 04-05.

<sup>147</sup> Ibid., p. 11.

igualdade de êxito.

Essas preferências podem ser teorias políticas formais de tipo conhecido, como a teoria de que se deve distribuir os bens segundo os méritos ou deméritos, ou preferências mais informais que não são teorias, como a preferência que muitas pessoas têm de que aqueles de quem gostam ou por quem sentem especial empatia devem ter mais que os outros. Em segundo lugar, as pessoas têm o que chamarei de preferências impessoais que são preferências com relação a coisas que não lhes pertencem ou à vida ou a situações de outras pessoas.

O bem-estar pode ainda ter relação com a distribuição de condições para que se tenha uma igualdade consciente de qualidade de vida, no sentido de se ter ou não satisfação.

De qualquer forma, a igualdade genuína, para Dworkin<sup>148</sup>, “requer que as pessoas sejam igualadas no êxito (ou na satisfação) sem acreditar que o bem-estar essencial, devidamente entendido, seja apenas uma questão de êxito (ou satisfação)”. Deve-se escolher o modelo de vida que se quer.

Com relação à igualdade de recursos, os quais relacionam-se ao que individualmente cada um tenha, deve-se aglutinar a estes o poder político. Para Dworkin<sup>149</sup>, essa igualdade pressupõe a ideia de mercado econômico como um ponto central, relacionando diversidade de bens e serviços, de maneira diversa de muitos que entendem ser a igualdade uma vítima ou uma oponente desse mercado. O tipo de vida está relacionado aos recursos existentes, sendo que “a igualdade de recursos supõe que os recursos dedicados à cada de cada pessoa devem ser iguais”<sup>150</sup>, sendo isso de difícil medição em concreto, considerando-se as diferenças individuais.

O que fica constatado é que a igualdade envolve a conformidade com o Direito Constitucional a igual tratamento e respeito, garantindo a cada um ser tratado como responsável e participativo, como um membro da sociedade respeitado, procurando a eliminação das condições de inferioridade (respeito às diferenças). Deve existir um relacionamento entre a igualdade e a liberdade diante de fatos concretos de determinada sociedade.

Em termos de importância, é de se considerar a igualdade em conexão muito próxima com a ideia de justiça, isto é, como ressaltam Sarlet, Marinoni e

---

<sup>148</sup> Ibid., p. 15.

<sup>149</sup> Ibid.

<sup>150</sup> Ibid., p. 86.



Mitidiero<sup>151</sup>, a forma como os indivíduos são tratados, em relação a ele mesmo e em relação aos demais, guarda estreita relação com a ideia de justiça:

a igualdade passou a constituir valor central para o Direito Constitucional contemporâneo, representando verdadeira “pedra angular” do constitucionalismo moderno, porquanto parte integrante da tradição constitucional inaugurada com as primeiras declarações de direitos e sua incorporação aos catálogos constitucionais desde o constitucionalismo de matriz liberal-burguesa.

Ao interpretar a Constituição da Argentina, Saba<sup>152</sup> afirma que

o reconhecimento constitucional das ações afirmativas veio a confirmar que a concepção de igualdade como não submissão deve complementar a ideia de igualdade como não discriminação e, assim, esta versão combinada da igualdade ante a lei é a que deve guiar nossa interpretação do artigo 16 da Constituição Nacional e a resolução de casos nos que essa igualdade se encontra vulnerada por atos e omissões do Estado ou dos particulares. (tradução nossa).

Por sua vez, Piovesan<sup>153</sup> destaca que se deve reconhecer a pluralidade de identidades do homem, na forma de um direito à diferença, de forma a aceitar a diversidade e a necessidade de tratamentos especiais:

destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula “todos são iguais perante a lei”(que, ao seu tempo, foi crucial para a abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério sócio-econômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades (igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e demais critérios).

A forma de igualdade fundamentada no reconhecimento das identidades e no direito à diferença é capaz de levar ao objetivo real de igualdade, no qual a liberdade garanta um espaço político a elas adequado

O caminho percorrido até o direito à diferença passou pelo totalitarismo com

<sup>151</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel... Op. Cit., p. 523.

<sup>152</sup> SABA, Roberto... Op. Cit., p. 197. No original: “El reconocimiento constitucional de las acciones afirmativas vino a confirmar que la concepción de igualdad como no sometimiento debe complementar la idea de igualdad como no discriminación y, de este modo, esta versión combinada de la igualdad ante la ley es la que debe guiar nuestra interpretación del artículo 16 de la Constitución Nacional y la resolución de casos en los que esa igualdad se encuentra vulnerada por actos y omisiones del Estado o de los particulares”.

<sup>153</sup> PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAMA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 49.

a ruptura do modelo dos direitos humanos com violentas violações a eles, até a formação de um modelo internacional de proteção desses direitos, o qual aglutina sistemas globais e regionais de proteção, sendo que uns complementam os outros, não existindo dicotomia. Dentre os principais sistemas, podemos enumerar a já citada Declaração Universal de 1948, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, o Comitê de Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, dentre outros<sup>154</sup>.

Em comum esses sistemas apresentam dispositivos contra a discriminação, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional, social e econômica, considerados formas básicas de tutela dos direitos humanos. Ressalte-se que as desigualdades podem ser de caráter natural, social, econômico, cultural, dentre outros

O combate às formas de discriminação se mostra fundamental, sendo o Direito Penal um dos instrumentos colocados à sua disposição. No entanto, medidas de inserção ou inclusão desses grupos na sociedade se mostram necessárias como forma de se tentar chegar a uma igualdade de todos, pois não basta apenas evitar a discriminação como exclusão, pois tal ação não reflete necessariamente a inclusão dos discriminados. Piovesan<sup>155</sup> chama de ações afirmativas àquelas destinadas a inserção, as quais

[...] constituem medidas especiais e temporárias que, buscando remediar um passado discriminatório, objetivam acelerar o processo de igualdade, com o alcance da igualdade substantiva por parte de grupos socialmente vulneráveis, como as minorias étnicas e raciais, dentre outros.

As ações afirmativas não constituem objeto de enfrentamento da presente pesquisa, mas se deve destacar que são indispensáveis à igualdade por assegurarem a diversidade social, seu reconhecimento e a necessária redistribuição de recursos como seu fim: “defendemos que na atualidade as reivindicações de gênero, etnia, raça ou classe devem ultrapassar o estágio da mera denúncia fragmentária e descontinua das discriminações e começar a propor alternativas

---

<sup>154</sup> Ibid.

<sup>155</sup> Ibid., p. 58.

concretas e globais” (tradução nossa)<sup>156</sup>.

Modernamente se pode entender a igualdade nos termos do Instituto dos Direitos Humanos de Estrasburgo, como “o direito humano mais importante em nosso tempo, ao ser considerado como postulado fundamentador de toda a moderna construção teórica e jurídico-normativa dos direitos sociais” (tradução nossa)<sup>157</sup>.

Nacionalmente, a igualdade como direito fundamental sempre esteve nos textos constitucionais brasileiros, surgindo na forma de uma igualdade diante da lei, passando pela proibição de discriminação, até se chegar em uma igualdade “na lei”, consoante Sarlet, Marinoni e Mitidiero<sup>158</sup>, possuindo atualmente uma posição de princípio estruturante do Estado Democrático de Direito brasileiro, com previsão já no artigo terceiro da Constituição Federal como objetivo fundamental, além de delimitar por todo o texto constitucional previsões de tratamentos igualitários e proibitivos de discriminações, partindo da igualdade entre homens e mulheres até a igualdade entre os filhos e cônjuges.

Sobre a previsão da igualdade como direito fundamental na atual Constituição nacional, Sarlet, Marinoni e Mitidiero<sup>159</sup> relevam que

é possível afirmar que também no Brasil o princípio (e direito) da igualdade abrange pelo menos três dimensões: (a) proibição do arbítrio, de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável com base na pauta de valores constitucionais, quando proibido tratamento igual para situações manifestamente desiguais; (b) proibição de discriminação, portanto, de diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas; (c) obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelo Poder Público, de desigualdades de natureza social, econômica e cultural.

Segundo esse entendimento, resta reconhecida a necessidade de ações afirmativas por parte do Estado, quando necessárias, além da existência de uma

<sup>156</sup> FLORES, Joaquim Herrera. De la libertad y la igualdad. In: SARMENTO, Daniel; IKAMA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 112. No original: “Defendemos que en la actualidad las reivindicaciones de género, etnia, raza o clase deben sobrepasar el estadio de la mera denuncia fragmentaria y discontinua de las discriminaciones y comenzar a proponer alternativas concretas y globales”.

<sup>157</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique... Op. Cit., p. 50. No original: “el derecho humano más importante en nuestro tempo, al ser considerado como postulado fundamentador de toda la moderna construcción teórica y jurídico-normativa de los derechos socialis”.

<sup>158</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel... Op. Cit.

<sup>159</sup> Ibid., p. 531.

igualdade de oportunidades, envolvendo dimensões objetiva e subjetiva, ou seja, a igualdade constitui um valor relacionando-se a posições individuais e coletivas de tratamento.

A questão da igualdade guarda estreita relação com a liberdade de expressão, quer no sentido de sua garantia, quer no sentido de sua afronta, tendo em vista o respeito a igual dignidade e liberdade de cada um. Observa Machado<sup>160</sup> que é preciso “ter como ponto de referência a necessidade de garantir a existência, integridade e acessibilidade de uma esfera de discussão pública aberta e pluralista, sem impedimentos e discriminações e combater os efeitos das discriminações ocorridas no passado”. Ainda no sentido de relação entre direitos fundamentais, destacam Sarlet, Marinoni e Mitidiero<sup>161</sup> que

[...] a proibição de qualquer tipo de discriminação baseada na igual dignidade de cada ser humano e a pretensão de igual respeito e consideração, inclusive de suas qualidades e circunstâncias pessoais, indica como o princípio da dignidade da pessoa humana passou a integrar a própria concepção de igualdade constitucional, operando como critério (material) de valoração, notadamente no que diz com a definição das discriminações materialmente não razoáveis, ou seja, a proibição de tratamento diferenciado com base em critérios que violam a dignidade da pessoa humana.

Observa-se, mais uma vez, a estreita relação entre direitos fundamentais da liberdade, da igualdade e da dignidade humana, da importância desses direitos para o ser humano, bem como a possibilidade de restrição de um diante de outro em favor do homem, inclusive de eventual conflito entre tais direitos, como no caso da liberdade de expressão, por seus vários instrumentos de manifestação, como a *Internet*, que venha a ferir a igualdade diante de uma manifestação que segregue determinada raça, sendo necessário se analisar tais possibilidades de embate.

#### 1.4 O CONFLITO “APARENTE” ENTRE DIREITOS CONSIDERADOS FUNDAMENTAIS

Acarreta, portanto, certa preocupação a questão do conflito que possa

<sup>160</sup> MACHADO, Jónatas E. M... Op. Cit., p. 363.

<sup>161</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel... Op. Cit., p. 529.

ocorrer entre dois ou mais direitos fundamentais previstos constitucionalmente, como por exemplo, a liberdade e a igualdade, apresentando Moraes<sup>162</sup>, ao que se entende, a solução para o problema ao afirmar que

[...] o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição de princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com suas finalidades precípuas.

No momento atual do Direito, não é mais concebível a ideia de um direito fundamental absoluto e ilimitado, principalmente diante da necessidade de essas formas de direitos terem que coexistir. O núcleo essencial de tais direitos deve ser salvaguardado por questões de proporcionalidade. Conforme destaca Alexy<sup>163</sup>:

o conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser formulado estreita ou amplamente. Se ele é formulado estritamente, então são exclusivamente colisões, nas quais somente direitos fundamentais tomam parte, colisões de direito fundamentais. Pode falar-se, aqui, de colisões de direitos fundamentais em sentido estrito. Em uma formulação mais ampla são, pelo contrário, também colisões de direitos fundamentais com algumas normas ou princípios, que têm como objeto bens coletivos, colisões de direitos fundamentais. Ambos os tipos de colisão são temas centrais da dogmática dos direitos fundamentais.

Conforme Afonso da Silva<sup>164</sup>, “há uma tendência a um grande aumento no número de colisões entre direitos fundamentais”, de forma que a restrição a esses direitos tende a aumentar obrigatoriamente para solucionar eventuais conflitos.

De certa forma a Constituição já delimita o conteúdo dos direitos fundamentais de acordo com o destino de cada um, ou seja, com o que se deseja dele em relação à sua função social, de forma que ao agente aplicador daqueles resta verificar qual direito fundamental se aplica a determinado caso. Tal teoria sobre

<sup>162</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da constituição da república federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1997, p. 46.

<sup>163</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 57.

<sup>164</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 253.

direitos fundamentais é denominada de “interna”, segundo Chequer<sup>165</sup>. Em tais situações, entende-se não ser necessária uma ponderação entre direitos fundamentais, pois se trata de “um critério subjetivo e extremamente racional”<sup>166</sup>.

Esse mesmo autor, então, discorre sobre a teoria externa dos limites dos direitos fundamentais, segunda a qual, inicialmente se deve verificar o que um direito fundamental tutela, para em seguida analisar se ele não colide com outros direitos da mesma espécie, quanto ao seu conteúdo final. Pode ocorrer de algum fator externo delimitar o campo de atuação de determinado direito fundamental, de forma a se atender da melhor maneira as necessidades dos indivíduos e da coletividade social. Em tal sentido a proporcionalidade se apresenta como mecanismo definidor do conteúdo dos direitos em questão. Segundo observa Chequer<sup>167</sup>, sobre a teoria externa,

como ela prefere interpretar extensivamente o direito para posteriormente, pronunciar-se definitivamente acerca de tal conteúdo, o princípio da proporcionalidade acaba se firmando como um critério capaz de desvelar o conteúdo do direito fundamental de forma definitiva diante das circunstâncias concretas.

Na realidade, de acordo com Ávila<sup>168</sup>, a proporcionalidade, assim como a ponderação e a razoabilidade, seriam postulados, isto é, não se encontram no mesmo nível de regras ou de princípios, por não constituírem mandamentos de otimização e nem atuarem na forma do tudo ou nada, tendo a função de compreender o Direito e orientar a aplicação de normas:

os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas.<sup>169</sup>

<sup>165</sup> CHEQUER, Claudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental prima facie**: análise crítica da proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 47.

<sup>166</sup> Ibid., p. 47.

<sup>167</sup> Ibid., p. 51.

<sup>168</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>169</sup> Ibid., p. 124.

Ainda, Ávila discorre sobre os postulados hermenêuticos, “cuja utilização é necessária à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico, podendo funcionar, é claro, para suportar essa ou aquela alternativa de aplicação normativa”<sup>170</sup>.

Em termos de liberdade, como direito fundamental, o que se deve sempre destacar é que ela é a regra, sendo a exceção sua restrição, de forma que um controle da liberdade sempre se demonstra possível.

Podemos considerar a questão de que a liberdade e a igualdade encontram-se relacionadas, ao mesmo tempo em que se aceita que devem existir certos limites no que se refere a tais direitos fundamentais, tendo em vista o indivíduo como centro do direito. Nesse sentido se deve considerar a possibilidade de se restringir a liberdade em consideração a uma maior igualdade.

Os direitos fundamentais acabam por ser direitos do homem que foram positivados, como já observado. Importante, nesse momento, em vista do direito positivo, se constatar a distinção entre regras e princípios, que tem real importância quando se fala em conflito. Regras são proposições, normas, as quais devem ser obedecidas ou não, quando o caminho a ser seguido é o da subsunção: em caso de colisão uma deve ser entendida como sem validade, não aplicável ou que existe uma exceção. Já em relação aos princípios, diretamente ligados aos direitos fundamentais, eles constituem mandamentos de otimização, segundo Alexy<sup>171</sup>, envolvendo questões de fato e de direito, existindo graus diferentes em que o caminho que se mostra como solução indica a questão da ponderação. Com as regras e princípios o que se tem é o que Alexy<sup>172</sup> chamou de duas construções envolvendo direitos fundamentais.

#### 1.4.1 A derrotabilidade normativa

O precursor da derrotabilidade foi Herbert Hart, o qual, conforme

---

<sup>170</sup> Ibid., p. 125-126.

<sup>171</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**... Op. Cit.

<sup>172</sup> Ibid.

Vasconcellos<sup>173</sup> entendia que o direito não pode ser fechado, existindo exceções a serem verificadas, as quais derrotariam uma regra geral, ainda que presentes os requisitos necessários e suficientes desta última.

Conforme destaca Vasconcellos<sup>174</sup>, *prima facie* a norma jurídica é o ponto inicial para a aplicação do direito. No entanto, a norma tem a forma literal, de forma que diante de uma análise sistemática, pragmática do ordenamento jurídico, ela pode não prevalecer tendo em vista determinadas situações, sendo a ideia da derrotabilidade a de não-aplicação de uma norma diante de situações com ela incompatíveis. Fica claro que, para tanto, deve ocorrer uma justificação formal, fundamentada e bem determinada, e que isso é uma exceção.

Em tal sentido, destacam Serbena e Cella<sup>175</sup> que as razões *prima facie* de uma norma jurídica podem ser derrotadas na forma de revisão de condições suficientes para tanto na situação diante da qual a aplicação da norma em questão se apresenta concretamente.

Essa constatação é fortalecida pelo fato de que o legislador não é capaz de prever todas as possíveis situações que possam acontecer envolvendo fatos.

Torna-se difícil, para não dizer quase impossível, definir antecipadamente quando uma norma, um princípio ou um direito fundamental prevalece sobre outro, principalmente naquilo que pode denominar de casos difíceis<sup>176</sup>, os quais sobressaem quando se tem em jogo a aplicação de dois direitos fundamentais conflitantes, quando se mostra necessária uma superação da dificuldade.

Necessário destacar que, derrotada uma norma, isso não implica necessariamente em sua revogação, pois a sua não-aplicação pode ser vista como relacionada a um único e específico caso, podendo ela ainda ser utilizada para os demais ou até ainda ser revista em casos semelhantes diante de outras fundamentações, que por coerência levem a alterações de decisões anteriores.

---

<sup>173</sup> VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O conceito de derrotabilidade normativa**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

<sup>174</sup> Ibid.

<sup>175</sup> SERBENA, Cesar; CELLA, José Renato Graziero. A lógica deôntica paraconsistente e os problemas jurídicos complexos. In: VI Congresso Brasileiro de Filosofia, 1999, São Paulo. **Apresentação no VI Congresso Brasileiro de Filosofia na Universidade de São Paulo**. Disponível em: <[http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo\\_29.pdf](http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_29.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2012..

<sup>176</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



A respeito da interpretação das normas, Alonso<sup>177</sup> observa que se deve sempre buscar a coerência na solução de um caso problemático, de forma que os princípios podem derrotar normas que não tenham tal coerência, e que isso deve ser realizado pelo juiz, corrigindo um sistema defeituoso. Entende citado autor que

no âmbito jurídico, a existência de sistemas normativos inconsistentes é um fenômeno possível e, certamente, bastante frequente. Nesse sentido, a consistência é uma propriedade contingente dos sistemas normativos em geral, e dos sistemas jurídicos em particular; portanto, é impossível predicá-la a priori. Trata-se de um ideal racional que não é sempre cumprido pelos sistemas existentes.

Dizemos que um sistema é inconsistente quando de alguns dos enunciados que o integram se deduz uma contradição. Consequentemente, um sistema normativo é inconsistente se de sua base axiomática (composta por norma e outros enunciados) se deduz uma contradição normativa. (tradução nossa).<sup>178</sup>

Pelo fenômeno da derrotabilidade, um princípio pode derrotar uma regra, partindo-se do pressuposto de que o primeiro é geral e se volta a valores, propósitos, no caso de soluções incompatíveis, sendo que nem sempre o direito apresentará critérios de prioridade para todos os casos possíveis de ocorrer, de forma a se ter uma satisfação coerente de pretensões.

Sobre a derrotabilidade destaca Alonso<sup>179</sup> que a princípio ela estaria ligada a posições não positivistas, vindo considerações morais a promoverem a revisão do antecedente de uma norma jurídica. No entanto, ele defende uma visão da derrotabilidade sob a ótica juspositivista ao falar em derrotabilidade explícita e implícita:

na “derrotabilidade explícita” nos encontramos ante uma norma jurídica que é aplicável a um caso individual, mas ela é deixada de lado (não é aplicada) porque se opta por aplicar outra norma jurídica também aplicável a esse caso individual. Trata-se, portanto, de duas normas jurídicas, que estipulam soluções incompatíveis, aplicáveis a um mesmo caso individual; optando-se por aplicar uma norma em

<sup>177</sup> ALONSO, Juan Pablo. **Interpretación de las normas y derecho penal**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

<sup>178</sup> Ibid., p. 112. No original: “En el ámbito jurídico, la existencia de sistemas normativos inconsistentes es un fenómeno posible y, por cierto, bastante frecuente. En tal sentido, la consistencia es una propiedad contingente de los sistemas normativos en general, y los sistemas jurídicos en particular; ergo, es imposible predicarla a priori. Se trata de un ideal racional que no siempre es cumplido por los sistemas existentes.

Decimos que un sistema es inconsistente cuando de algunos de los enunciados que o integran se deduce una contradicción. Consecuentemente, un sistema normativo es inconsistente si de su base axiomática (compuestas por normas y otros enunciados) se deduce una contradicción normativa”.

<sup>179</sup> Ibid.

detrimento da outra em virtude de algum critério de preferência. [...] A derrotabilidade implícita é um fenômeno distinto. Trata-se de uma norma jurídica *prima facie* aplicável a um caso individual, que não é aplicada por considerar-se que o caso individual apresenta certas particularidades relevantes à luz de certos princípios, particularidades que merecem apartar-se do disposto pela norma. (tradução nossa).<sup>180</sup>

A coerência nem sempre está presente em normas positivadas, pode ser uma deficiência destas, exigindo-se que seja estabelecida dentro de determinado sistema jurídico.

A derrotabilidade, na visão de MacCormick<sup>181</sup>, leva em consideração que o Direito moderno trabalha muito com a ideia de racionalidade, sendo a razoabilidade o parâmetro estabelecido pelos princípios e regras de conduta e julgamento, tornando possível um conceito não unívoco de razoabilidade, desde que esta decorra de pessoas sábias e experientes, constatando ser possível a existência de tópicos para os quais uma pluralidade de fatores valorativos é relevante, dependendo do contexto que se tem.

MacCormick<sup>182</sup> considera a razoabilidade como um valor superior que depende da situação apresentada e de uma visão sobre o princípio ou racionalidade central que estrutura cada área do Direito, envolvendo não só questões de fato, de prova, mas principalmente juízos de valor, para se decidir se ocorreu uma ação razoável ou não.

Diante de tal constatação, a coerência surge quer como justificação de soluções normativas, em que é necessário um relacionamento racional de instrumentos em busca de valores, quer como justificação ou descoberta de fatos e a elaboração de interferências razoáveis a partir de provas (coerência narrativa). É possível estabelecer descrições verdadeiras, aceitáveis, de eventos passados considerando-se que a coerência narrativa é indispensável ao processo de

<sup>180</sup> Ibid., p. 288-289. No original: "En la 'derrotabilidade explícita' nos encontramos frente a una norma jurídica que es aplicable a un caso individual, pero ella es dejada de lado (no es aplicada) porque se opta por aplicar otra norma jurídica también aplicable a ese caso individual. Se trata, entonces, de dos normas jurídicas, que estipulan soluciones incompatibles, aplicables a un mismo caso individual; optándose por aplicar una norma en desmedro de la otra en virtud de algún criterio de preferencia [...] La derrotabilidade implícita es un fenómeno distinto. Se trata de una norma jurídica *prima facie* aplicable a un caso individual, que no es aplicada debido a que se considera que el caso individual presenta ciertas particularidades relevantes a luz de ciertos principios, particularidades que ameritan apartarse de lo dispuesto por la norma".

<sup>181</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução Conrado Huber Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

<sup>182</sup> Ibid.

comprovação do ato praticado ou do evento ocorrido. Em relação às normas, o que se deve procurar é alcançar uma consistência em que não exista contradição lógica entre elas

Em virtude da coerência, MacCormick<sup>183</sup> destaca o fato de casos iguais deverem receber tratamentos iguais, da mesma forma que casos diferentes devem ser tratados de forma diversa (leia-se analogia), observando-se que os princípios gerais devem dirigir as decisões.

De volta á questão específica da coerência, o uso do passado deve ser feito na forma narrativa, o que vem possibilitar o seu reexame na aplicação de casos presentes, procurando-se estabelecer se ocorreu acerto ou não nas decisões, devendo esse procedimento ser repetido a cada julgamento que se suceda.

MacCormick<sup>184</sup> fala então sobre a *defeasibility*, que podemos entender como a forma mais próxima do que se denomina derrotabilidade, pois uma argumentação que parecia válida pode não mais o ser, tendo em vista a possibilidade de sua contestação em busca da satisfação perfeita do Direito. Trata-se de exceções baseadas em princípios ou valores jurídicos, fundadas no fato de que é impossível formular todas as precondições de validade de cada enunciado das regras. Tais exceções devem ser objeto de apreciação jurídica a fim de se buscar uma segurança na solução de casos específicos, quando então se produzirá o Direito na forma do que deve ser.

A solução apropriada para desacordos trazidos ao Direito deve ser dada por um procedimento decisório razoável, no qual os que são atingidos por tal decisão aceitem o fato de se ter uma solução razoável dentro de uma moldura institucional jurídica. Toda decisão judicial deve ser considerada correta até que outra autoridade judicial, talvez superior, a declare errada diante de exceções ou novos argumentos apresentados.

As razões são universais, ou ao menos universalizáveis, devendo ser testadas em relação às consequências jurídicas que podem produzir, levando-se em conta valores do Direito em análise. Argumentos a partir de precedentes servem para demonstrar como uma decisão foi elaborada anteriormente a fim de se determinar o seu acerto, bem como possibilitar a alegação razoável de seu erro, de forma que a razoabilidade ilustra um dos valores ubíquos usados pelos legisladores

---

<sup>183</sup> Ibid.

<sup>184</sup> Ibid.

e juízes, e mostra quão multifatoriais são os argumentos relativos a tais valores no contexto jurídico. A exigência de coerência, tanto no seu sentido normativo quanto no narrativo, impõe um limite significativo sobre o que é aceitável como argumento para fundamentar conclusões jurídicas, e indica o papel essencial que o argumento com base em princípios e o argumento a partir da analogia têm para o Direito. A derrotabilidade, ou *defeseability*, de premissas e decisões ou conclusões jurídicas constitui uma qualidade inafastável do Direito na busca do dever ser.

#### 1.4.2 A proporcionalidade entre direitos: uma questão de ponderação

Para um livre e digno exercício dos direitos fundamentais de forma individual, não se esquecendo de seu caráter universal, necessário se mostra a conciliação de tais direitos com os direitos dos outros, uma vez que o pluralismo das sociedades atuais constitucionalizaram os mais diversos direitos. Como destaca Barroso<sup>185</sup>, “direitos que convivem em harmonia no seu relato abstrato podem produzir antinomias no seu exercício concreto”.

Tais conflitos são mais comuns do que se imagina, podendo ter especial importância à matéria penal, com a previsão ou não de sanções para coibir o rompimento do equilíbrio que deve reger tais direitos.

A questão da proporcionalidade entre os direitos fundamentais, reclamando uma redução proporcional entre direitos fundamentais em conflito, com uma ponderação dos valores envolvidos, sem se excluir qualquer deles, é aceita por grande parte da doutrina e da jurisprudência na solução de casos concretos, quando podem ocorrer concessões recíprocas entre as normas em debate, ou a prevalência de uma sobre a outra.

A ponderação, tendo em vista a questão nuclear da proporcionalidade, constitui um ponto central da dogmática dos direitos fundamentais. Trata-se de um sopesamento, quando se têm premissas da mesma hierarquia, a fim de se verificar qual direito deve ceder sempre que ocorre um conflito, isto é, a “exigência de

---

<sup>185</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 353.

sopesamento, decorrer da relativização em face das possibilidades jurídicas”<sup>186</sup>, ou ainda “em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente”<sup>187</sup>. Subsunção era até então um dos meios utilizados na aplicação do direito, sendo que uma premissa menor, no caso os fatos, sofria a ação de uma premissa maior, a norma, em certo caso concreto.

Para Ávila<sup>188</sup> a ponderação envolve a atividade de se atribuir pesos a elementos, dentro de critérios que devem ser estabelecidos:

isso fica evidente quando se verifica que os estudos sobre a ponderação invariavelmente procuram estruturar a ponderação com os postulados da razoabilidade e de proporcionalidade e de direcionar a ponderação mediante utilização dos princípios constitucionais fundamentais.

Citado autor prossegue afirmando que

importa ter em conta também a importância de separar os elementos que são objeto de ponderação, os quais, ainda que sejam relacionados entre si, podem ser dissociados. Os *bens jurídicos* são situações, estados ou propriedades essenciais à promoção dos princípios jurídicos. Por exemplo, o princípio da livre iniciativa pressupõe, como condição para sua realização, liberdade de escolha e autonomia. Liberdade e autonomia são bens jurídicos protegidos pelo princípio da livre iniciativa. Os *interesses* são os próprios bens jurídicos na sua vinculação com algum sujeito que os pretende obter. Por exemplo, sendo liberdade e autonomia bens jurídicos, protegidos pelo princípio da livre iniciativa, algum sujeito pode ter, em função de determinadas circunstâncias, condições de usufruir daquela liberdade e autonomia. Liberdade e autonomia passam, então, a integrar a esfera de interesses de determinado sujeito. Os *valores* constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado. Nessa perspectiva, a liberdade é um valor, e, por isso, deve ser buscada ou preservada. Os *princípios* constituem o aspecto deontológico dos valores, pois, além de demonstrarem que algo vale a pena ser buscado, determinam que esse estado de coisas deve ser promovido.<sup>189</sup>

Conceituando a ponderação Barcellos<sup>190</sup> anota que ela pode ser “descrita como uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês *hard cases*), em

<sup>186</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**... Op. Cit., p. 117.

<sup>187</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**... Op. Cit., p. 358.

<sup>188</sup> ÁVILA, Humberto... Op. Cit., p. 145

<sup>189</sup> Ibid., p. 145-146.

<sup>190</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 55.

relação aos quais o raciocínio tradicional de subsunção não é adequado”, o que pode pesar em soluções contraditórias como no caso de conflito entre dois direitos fundamentais que se encontram na mesma hierarquia constitucional.

Mais recentemente a ponderação tem se apresentado como forma também de decisões judiciais envolvendo conceitos jurídicos, isto é, “como uma técnica de decisão jurídica autônoma”<sup>191</sup>.

Essa mesma autora faz a distinção entre ponderação em abstrato e em concreto, sendo esta última voltada para a sua atuação de forma específica, particular para determinada hipótese, enquanto que a abstrata ocorre “quando, pela análise de fatos típicos ou conhecidos e pelo estudo da metodologia própria ao Direito, a doutrina poderá construir, respectivamente, parâmetros gerais e particulares para a ponderação”<sup>192</sup>. Citados parâmetros serão utilizados em casos concretos.

Por fim, destaca Barcellos<sup>193</sup> que:

a ponderação é uma técnica de decisão pela qual se solucionam conflitos normativos que não puderam ser resolvidos pelos elementos clássicos da hermenêutica jurídica (semântico, lógico, histórico, sistemático e teleológico) nem pela moderna hermenêutica constitucional (princípios de interpretação propriamente constitucional, interpretação orientada pelos princípios, etc.). Para tanto, os diversos interesses em oposição, e as normas que os legitimam juridicamente, devem ser identificados, agrupados em função das soluções que indiquem e dimensionados de acordo com as características do caso concreto.

Juntamente com Barroso, Barcellos<sup>194</sup> observa que:

a ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de maior objetividade, inclui a seleção das normas e dos fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos.

<sup>191</sup> Ibid., p. 56.

<sup>192</sup> Ibid., p. 62.

<sup>193</sup> Ibid., p. 117.

<sup>194</sup> BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, Sérgio Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 134.

A respeito da proporcionalidade, pode ser ela vista cada vez mais como forma de controle de atos estatais. Conforme destaca Machado<sup>195</sup>:

entendidos como princípios, os direitos, liberdades e garantias consagram posições jurídicas *prima facie*, cujo processo de ponderação cristalizará em posições definitivas, que consubstanciam o âmbito de garantias dos direitos em causa. Neste contexto, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo surge com verdadeiro metaprincípio de otimização [sic] dos múltiplos princípios que integram a ordem jurídica. Este entendimento parece constituir a melhor via para a justa acomodação dos diferentes direitos e interesses em conflito no domínio dos direitos, liberdades e garantias em geral e das liberdades de comunicação em particular, observando-se que neste, como noutros domínios dos direitos fundamentais substantivos, as regras definitivas, susceptíveis de uma aplicação em termos de tudo ou nada, são especialmente escassas.

Nesse contexto, Alexy<sup>196</sup> observa que

o princípio da proporcionalidade em sentido estrito deixa formular-se como uma lei de ponderação, cuja forma mais simples relacionada a direitos fundamentais diz:

Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam.

Segundo a lei da ponderação, a ponderação deve realizar-se em três graus. No primeiro grau deve ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, então, da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação no sentido restrito verdadeiro.

Pode-se ainda fazer uso dos ensinamentos de Afonso da Silva<sup>197</sup> ao concluir ele que

se a constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental garantido por um princípio depende sobretudo de sua fundamentação constitucional, e se essa fundamentação constitucional é controlada a partir da regra da proporcionalidade, pode-se dizer que toda restrição proporcional é constitucional. Se é inimaginável considerar como constitucional uma restrição que invada o conteúdo essencial de algum direito, então, o proporcional respeita sempre o conteúdo essencial.

De acordo com Ávila<sup>198</sup>, o qual entende a proporcionalidade com um tipo de comparação entre a restrição de direitos fundamentais considerando a importância

<sup>195</sup> MACHADO, Jónatas E. M... Op. Cit., p. 377.

<sup>196</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**... Op. Cit., p. 67-68.

<sup>197</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio... Op. Cit., p. 206.

<sup>198</sup> ÁVILA, Humberto... Op. Cit., p. 164.

do fim pretendido,

o postulado da proporcionalidade não se confunde com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais adequados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela doção do meio?).

Nesse sentido, a proporcionalidade, como postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim, não possui aplicabilidade irrestrita. Sua aplicação depende de elementos sem os quais não pode ser aplicada. Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles não há aplicabilidade do postulado da proporcionalidade em seu caráter trifásico.

Normalmente a liberdade de expressão, quando se manifesta de forma a atingir outras pessoas, de forma individual, às vezes até de forma coletiva quando se refira a determinados grupos, o faz com relação à honra, e em tais casos, o limite se impõe apenas quando ocorram casos significativos de ofensa e desmoralização. Tal limite, no entanto, deve ser analisado na sua forma de atuação, isto é, censura ou outra forma de resposta.

Pode-se entender que a melhor forma seja a censura, o que significa uma forma drástica, tendo em vista a democracia. Por outro lado, pode o Estado dispor, por meio de regras, consequências para eventuais violações, o que também não deixa de ser um tipo de censura: leis civis prevendo indenização do dano sofrido, ou leis penais, prevendo condutas delituosas criminalmente, o que talvez seja um excesso. Por fim, o direito de resposta talvez se mostre o mais democrático “limite” a esses tipos de manifestações, “portanto, no caso do discurso do ódio é necessário analisar se deve o Estado garantir o direito de manifestação desse discurso, ou proteger o direito daqueles que se sentiram lesados em razão dessa manifestação”<sup>199</sup>.

A questão da proporcionalidade e ponderação de direitos fundamentais parece ser a melhor forma de dirimir eventual conflito entre tais direitos, ressaltando-se que seu núcleo essencial é intangível. Tal ponderação, que deve seguir a forma

---

<sup>199</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro... Op. Cit., p. 259.



jurisdicional, pois será efetivada por um magistrado, tem em vista a convivência harmônica entre direitos essenciais e a melhor forma de deles se usufruir. Barroso<sup>200</sup>, enumera três fases pelas quais deve a ponderação passar: a identificação de normas em conflito para solucionar determinado caso; a análise do caso apresentado em todas as suas particularidades, se determinado à consequência da aplicação das normas; por fim, a decisão pela qual se verifica cada norma em concorrência, com todos os elementos envolvidos, a fim de se determinar qual deve prevalecer e em que intensidade, tendo em vista a proporcionalidade e o que é mais razoável, buscando o máximo de acerto possível. Todo esse processo está sujeito ao aspecto subjetivo do intérprete, o qual é difícil de ser afastado. Por tal razão a doutrina tem enumerado elementos de racionalidade, legitimidade e segurança a serem seguidos pelo intérprete nas suas decisões:

- a) reconduzi-las sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento: a legitimidade das decisões judiciais decorre sempre de sua vinculação a uma decisão majoritária, seja do constituinte seja do legislador;
- b) utilizar-se de um parâmetro que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas nem voluntárias;
- c) produzir, na intensidade possível, a concordância prática dos enunciados em disputa, preservando o núcleo essencial dos direitos<sup>201</sup>.

Como a ponderação envolve uma análise subjetiva, Habermas<sup>202</sup> apresenta a crítica de que a ponderação poderia resultar em um amolecimento dos direitos fundamentais sujeitando-os a eventuais sentenças irracionais e não necessariamente corretas, com resultados sem capacidade de fundamentação, sendo a ponderação incompatível com a correção, o que não pode ser aceito, uma vez que a ponderação encontra respaldo nos textos constitucionais de alguma forma. Nesse sentido, “jurisdição constitucional é, como cada jurisdição, unida necessariamente com uma pretensão de correção”<sup>203</sup>.

No caso específico da liberdade,

o indivíduo tem que se conformar com as restrições à sua liberdade de ação, impostas pelo legislador com o objetivo de manter e

<sup>200</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo...** Op. Cit.

<sup>201</sup> Ibid., p. 361.

<sup>202</sup> HABERMAS, Jürgens. **Faktizität und Geltung**. Frankfurt: [s.n.], 1994, p. 315 *apud* ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo...** Op. Cit.

<sup>203</sup> ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo...** Op. Cit., p. 157.

fomentar a convivência social dentro dos limites daquilo que é razoavelmente exigível diante das circunstâncias e desde que a independência da pessoa seja preservada.<sup>204</sup>

O certo é que, assim como o direito de liberdade, o direito de igualdade deve ser respeitado e protegido pelo Estado, a fim de se ter realmente uma verdadeira democracia. Assim deve existir uma estrutura suficiente para amparar e garantir todas as formas de direitos individuais. Quando tais direitos entram em colisão, em luta, o que se tem é um embate entre direitos fundamentais distintos a ser solucionado.

Para Alexy, “quanto maior é o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro. Essa regra pode ser designada como a lei da ponderação”<sup>205</sup>. E segue o autor dizendo:

uma intervenção em um direito fundamental é desproporcional quando ela não é justificada por uma outra intervenção hipotética, pelo menos, igualmente intensiva, em um outro princípio – contido na constituição ou por ela admitido como fundamento de intervenção –, a qual, pela omissão da primeira intervenção, iria tornar-se real.<sup>206</sup>

O que se tem em vista, diante da questão da proporcionalidade e da ponderação, é justamente verificar se a liberdade de expressão, como direito fundamental, por meio do ódio racial, pode colidir com a igualdade, também direito fundamental, e em isso acontecendo, como resolver eventual colisão:

O princípio da dignidade da pessoa humana possibilita a referência a um sistema de direitos fundamentais que deve levar em consideração as condições de fato e de direito existentes, configurando-se, portanto, num mandado de otimização, cuja realização é gradual e sua aplicação requer ponderação entre valores do indivíduo e valores da coletividade, buscando uma harmonização entre ambos.<sup>207</sup>

Deve-se buscar um equilíbrio entre o individual e o social, quer na forma da decisão de determinado caso por meio da ponderação e da proporcionalidade, quer na forma da elaboração de leis penais tutelando um direito fundamental contra violações decorrentes do abuso na utilização de outro direito fundamental, como a

<sup>204</sup> Id. **Teoria dos Direitos Fundamentais**... Op. Cit., p. 357.

<sup>205</sup> Id. **Constitucionalismo discursivo**... Op. Cit., p. 156.

<sup>206</sup> Ibid., p. 113.

<sup>207</sup> FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de expressão – direito na sociedade de informação**: mídia, globalização e regulação. São Paulo: Editora Pilates, 2005, p. 40.

manifestação de pensamento que venha expor e causar segregação racial, ainda mais quando se faz uso de uma forma que tenha maior reflexo da expressão emitida, como é o caso da *Internet*.

Os direitos fundamentais são consagrados por meio de normas, as quais tem por objetivo proteger bens relacionados a esses direitos, observando-se que por vezes os preceitos constitucionais não são fechados, deixando espaço para sua complementação por outras normas.

Considerando a questão proposta de colisão de direitos fundamentais, as normas que atuam em tais casos são chamadas de restritivas, pois “limitam ou restringem posições que, *prima facie*, se incluem no domínio de protecção dos direitos fundamentais”<sup>208</sup>. Existem também as normas conformadoras, as quais tratam do conteúdo, elas “completam, precisam concretizam ou definem o conteúdo de protecção de um direito fundamental”<sup>209</sup>, garantindo o exercício desses direitos, compondo assim a legislação de determinado Estado.

Na colisão, denominada por Canotilho<sup>210</sup> de autêntica, o exercício de um direito fundamental se choca com o exercício de outro direito do mesmo tipo, envolvendo titulares diferentes desses direitos:

os direitos consideram-se direitos *prima facie* e não direitos definitivos, dependendo a sua radicação subjetiva definitiva da ponderação e da concordância feita em face de determinadas circunstâncias concretas.

O *Tatbestand* (o domínio normativo) de um direito é sempre, em primeiro lugar, “um domínio potencial”, só se tornando um domínio *actual*, depois de averiguação das condições concretamente existentes. A conversão de lei restritiva, que, nos casos autorizados pela Constituição, representará um primeiro instrumento de solução de conflitos.

Resta constatado que a questão da ponderação pode então atuar no momento do processo legislativo ou da decisão de um caso concreto. A restrição pode, então, partir da própria Constituição de forma expressa e imediata, ou quando ela autoriza de alguma forma essa restrição por meio de leis. A Constituição é uma forma de garantia, mas também de restrições de direitos.

No caso de liberdade de expressão e a questão da igualdade, que pode ser

<sup>208</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1263.

<sup>209</sup> *Ibid.*, p. 1263.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 1273.

violada no exercício o primeiro citado direito quando ocorram atos de discriminação ou de preconceito, pode existir uma previsão constitucional limitando um direito fundamental, como disposto no caso da Constituição brasileira, a qual prevê essa conduta como crime o racismo, considerado inclusive inafiançável, o que justifica uma legislação infraconstitucional prevendo tal prática criminosa.

Observa Canotilho<sup>211</sup> que:

uma vez concluída a tarefa metódica de delimitação do âmbito de protecção, impõe-se trabalho metódico correspondente à 2.ª instância: *averiguar o tipo, natureza e finalidades da medida legal restritiva*. Existe uma restrição legal de direitos fundamentais quando o âmbito de protecção de um direito fundado numa norma constitucional é directa ou indirectamente limitado através da lei. De um modo geral, as leis restritivas de direitos “diminuem” ou limitam as possibilidades de acção garantidas pelo âmbito de protecção da norma consagradora desses direitos e a eficácia de protecção de um bem jurídico inerente a um direito fundamental.

Esse mesmo autor trata da limitação de direitos de forma horizontal, onde “o exercício de direitos, liberdades e garantias pressuporia logo uma ‘reserva de amizade’ de ‘não prejudicialidade’, não como restrição dos direitos mas como limite dos pressupostos jurídicos e fácticos desses mesmos direitos”<sup>212</sup>. E prossegue o autor esclarecendo que:

o problema reside em que o “exercício de um direito” não está já, de antemão, limitado por reservas de “amizade” ou de “não danosidade”; o direito garantido por uma norma constitucional como direito, liberdade ou garantia “insusceptível de restrições” é mesmo, *prima facie*, um direito sem reserva de restrições. Todavia, a *posteriori*, através do jogo de “argumento e contra-argumento”, da ponderação de princípios jurídico-constitucionais, pode chegar-se à necessidade de uma *optimização* racional, controlável, adequada e contextual, de várias constelações de princípios jurídico-constitucionais. Esta optimização é possível porque os princípios transportam dimensões objectivas possibilitadoras de uma *ponderação* de bens jurídico-constitucionais efectuada a partir da própria constituição.<sup>213</sup>

Por outro lado, os direitos fundamentais devem também receber observação quando da ocorrência de relações privadas, quer decorrentes diretamente do texto constitucional ou de uma legislação infraconstitucional, “os efeitos dos direitos

<sup>211</sup> Ibid., p. 1276.

<sup>212</sup> Ibid., p. 1281.

<sup>213</sup> Ibid., p. 1281-1282.

fundamentais deixam de ser apenas *efeitos verticais* perante o Estado para passarem a ser *efeitos horizontais* perante entidades privadas (*efeito externo dos direitos fundamentais*)”<sup>214</sup>.

Ao falar em tendências atuais,

reconhece-se, desde logo, que a problemática da chamada “eficácia horizontal” se insere no âmbito da *função de protecção dos direitos fundamentais*, ou seja, as normas consagradoras dos direitos, liberdades e garantias e direitos análogos constituem ou transportam *princípios de ordenação objectiva* – em especial, deveres de garantia e de protecção do Estado – que são também eficazes na ordem jurídica privada (K. Hesse). Esta eficácia, para ser compreendida com rigor, deve ter em consideração a *multifuncionalidade* ou *pluralidade de funções dos direitos fundamentais*, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante o “referente” de direito fundamental que estiver em *causa* no caso concreto.<sup>215</sup>

Diante do exposto, constata-se que devem existir ou serem procuradas soluções diferenciadas para as hipótese de eficácia e de colisão entre direitos fundamentais, uma vez que tal embate está cada vez mais presente no cotidiano, como no caso desta pesquisa envolvendo a liberdade de expressão contra a igualdade racial, tendo como meio de manifestação a *Internet*, sendo necessário verificar se o Direito Penal pode ser visto como uma dessas soluções, ao atuar no controle social em busca de uma possível paz para a sociedade.

#### 1.4.3 A “paz ideal”

Como forma de convivência ideal em uma sociedade, espera-se uma convivência harmônica entre direitos fundamentais.

Observa Bobbio<sup>216</sup> que a paz está relacionada à existência do cidadão como sendo do mundo, e não apenas de um ou outro Estado, paz esta indispensável à democracia que reconhece e protege os direitos fundamentais acima de cada

<sup>214</sup> Ibid., p. 1287.

<sup>215</sup> Ibid., p. 1289.

<sup>216</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos...** Op. Cit.

Estado, em um sentido de “paz perpétua”, na expressão de Kant<sup>217</sup>:

paz perpétua não se funda na compaixão ou na caridade dos indivíduos, mas numa constante relação de direito, em que não haja a espoliação nem a violência entre os homens, mas um comportamento de pessoas livres e iguais; e outra coisa não é o reino da razão pura prática e da sua justiça.

No entendimento de Kant, o direito como algo que se exige, possui uma dignidade total, pensando ele no direito como indispensável ao homem livre. Garantindo essa liberdade, a paz perpétua encontra-se em seu reino, somente podendo ser pensada em um Estado de Direito com sua constituição política escorada na razão e voltada a todos que se encontrem na sociedade.<sup>218</sup>

Essa paz perpétua constitui um último degrau de evolução do Estado republicano, o qual decorreu da sociedade civil e esta do estado de natureza. Concluiu Salgado<sup>219</sup> que

a paz perpétua tem sua origem num estado de guerra, que é o estado de natureza dos povos, mas é constituída pela razão. Esse mesmo estado de guerra é que possibilita uma paz duradoura, pois que a guerra é já uma afirmação da liberdade dos povos, sendo altamente condenável uma paz imposta ou paz da força.

A paz perpétua configura o supremo bem político não só no sentido de mais alto (moralidade), como também no sentido de mais completo (moralidade e felicidade) e é considerada por Kant como o coroamento da história do homem vista do lado da liberdade (não da natureza) como constante.

Na paz perpétua a humanidade atinge a sua moralidade mais perfeita pela eliminação da violência e, conseqüentemente, a sua felicidade mais sadia pela ausência das guerras. Ela é o único direito peremptório da nações, visto que a guerra, como violência, é antidireito e só provisoriamente pode ser considerada como um *jus belli*. Assim é ela o sumo bem político, o reino dos fins ou o reino da liberdade e da razão, em que todos os homens são considerados como pessoas.

Atesta-se, assim que o Estado republicano com cidadãos livres para decidir é meio necessário para a paz, a qual reflete em um direito internacional que evite a guerra entre as nações.

A própria paz deve ser entendida como um valor constitucional e, como tal, merece a devida proteção como um direito fundamental, ainda que não previsto

<sup>217</sup> KANT, Immanuel. **Gesellschaft, Recht und Staat in der Ethik des Deutschen Idealismus**. Heidelberg: Scientia, 1966, p. 107 *apud* SALGADO, Joaquim Carlos... Op. Cit., 323.

<sup>218</sup> SALGADO, Joaquim Carlos... Op. Cit., 323.

<sup>219</sup> *Ibid.*, p. 324.

constitucionalmente de forma expressa, mas de forma implícita decorre do entendimento de necessidade de que os direitos do homem sejam preservados a todo custo, tendo preferência sobre as demais normas, e em certa medida, até de um sobre os outros, promovendo-se a convivência.

Ameaçando-se a paz entre os homens, corre-se o risco de guerra e de retorno ao estado natural de homem como ser primitivo.

Como valor constitucional, observa Pérez Luño<sup>220</sup> existir uma tripla dimensão:

a) fundamentadora, no plano estático, do conjunto de disposições e instituições constitucionais, assim como o ordenamento jurídico em seu conjunto. Por isso, a doutrina germânica os concebe como “valores fundamentais” (*Grundwerte*) e nossa Constituição como valores superiores, para acentuar seu significado de núcleo básico e informador de todo o sistema jurídico-político; b) orientadora, no sentido dinâmico, da ordem jurídico-política para algumas metas ou fins predeterminados que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos ou que obstaculize a consecução de aqueles valores enunciados no sistema axiológico constitucional; e c) crítica, enquanto que, sua função, como a de qualquer outro valor, reside em sua idoneidade para servir de critério ou parâmetro de valoração para avaliar fatos ou condutas. De forma que é possível um controle jurisdicional de todas as restantes normas do ordenamento no que possa conter de valor ou desvalor, por sua desconformidade ou infração dos valores constitucionais. (tradução nossa).

Em tal linha de pensamento podemos colocar a existência pacífica e harmoniosa entre direitos fundamentais, devendo existir formas para solucionar os casos difíceis que os envolvam, em especial quando se quer saber qual direito deve prevalecer. Isso acaba por exigir uma atuação do Direito como garantia de se evitarem guerras e conflitos jurídicos insolúveis, isso tanto no nível interno como no nível internacional.

---

<sup>220</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique... Op. Cit., p. 542. No original: “a) fundamentadora, en el plano estático, del conjunto de disposiciones e instituciones constitucionales, así como el ordenamiento jurídico en su conjunto. Por ello, la doctrina germana los concibe como ‘valores fundamentales’ (*Grundwerte*) y nuestra Constitución como valores superiores, para acentura su significado de núcleo básico e informador de todo el sistema jurídico-político; b) orientadora, en sentido dinámico, del orden jurídico-político hacia unas metas o fines predeterminados, que hacen ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos valores enunciados en el sistema axiológico constitucional, y c) crítica, en cuanto que su función, como la de cualquier otro valor, reside en su idoneidad para servir de criterio o parámetro de valoración para justipreciar hechos o conductas. De forma que es posible un control jurisdiccional de todas las restantes normas del ordenamiento en lo que puedan entrañar de valor o desvalor, por su desconformidad o infracción de los valores constitucionales”.

A chamada paz perpétua pode se mostrar uma construção talvez inalcançável ou que requeira muito tempo e paciência, mas é certo que a dignidade humana, somada à liberdade e à igualdade, são direitos indispensáveis a esse intento, ainda mais diante de avanços tecnológicos com reflexos econômicos, sociais e políticos, que se posicionam de forma a retaliar ou até colocar um fim à existência humana, ou a estimular direitos fundamentais na forma de maior garantia de conhecimento e contra discriminação.

### 1.5 A LIBERDADE E A IGUALDADE NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

Analizados os direitos à liberdade e à igualdade, como já conhecidos e debatidos pelos autores citados, de filósofos a juristas, resta-nos o enfrentamento de citados direitos diante do paradigma de sociedade em que hoje vivemos.

A sociedade de informação é uma decorrência dos avanços tecnológicos, os quais acabam por repercutir social, política e culturalmente na vida do ser humano. Trata-se de um reflexo do Estado Moderno, da globalização e da universalização decorrente, realidades a serem enfrentadas no capítulo terceiro desta pesquisa, “este novo estágio, em que o progresso pode se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói outro e o modifica, é o que eu chamo de etapa da modernização reflexiva”<sup>221</sup>.

Por isso, supõe-se que modernização reflexiva signifique que uma mudança da sociedade industrial – ocorrida sub-repticiamente e sem planejamento no início de uma modernização normal, autônoma, e com uma ordem política e econômica inalterada e intacta – implica a radicalização da modernidade, que vai invadir as premissas e os contornos da sociedade industrial e abrir caminhos para outra modernidade.<sup>222</sup>

Realizando uma análise da evolução das sociedades, constata-se que os mais diversos paradigmas sempre receberam, de alguma forma, influência das inovações tecnológicas, desde o mercado até a forma de viver. Tudo está

---

<sup>221</sup> BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Editora Universidade Paulista, 1997, p. 12.

<sup>222</sup> Ibid., p. 13.



relacionado à forma como os avanços são utilizados e potencializados no sentido de transformação social. Ocorre uma organização cada vez maior, em busca de eficiência, o que, de alguma forma, pode influenciar na liberdade de cada um.

Hoje se vive uma realidade onde a informação sobre os mais diversos temas encontra-se ao alcance de todos, ainda que se encontre fora das fronteiras nacionais. Essa informação possibilita um ser humano mais consciente, mais próximo da tecnologia e, conseqüentemente, mais capaz de se manifestar e interferir na atuação estatal. Tem-se uma nova estrutura social. Dessa nova estrutura decorrem movimentos sociais que podem atuar em defesa da exclusão social e política, objetivo maior do neoliberalismo, em busca de maior humanidade e de uma inclusão digital, pois sem essa distância social e de conhecimento entre incluídos e excluídos tende a aumentar a desigualdade.

Esse novo tipo de sociedade é uma decorrência da informatização pessoal, a qual trata-se “um movimento social visando a reapropriação em favor dos indivíduos de uma potência técnica que até então havia sido monopolizada por grandes instituições”<sup>223</sup>.

A sociedade de informação, considerando-se o desenvolvimento tecnológico, envolve o questionamento do papel do Estado na regulação de novas formas de tecnologia, sobretudo relacionadas à liberdade de expressão, à igualdade e à dignidade humana. Como observado no início deste capítulo, o homem constitui o valor central e fundamental de todo o direito, devendo as novas formas de interação respeitar sua posição e seu valor individual, ou seja, sua dignidade de forma incondicional.

A rede mundial de computadores, mais conhecida como *Internet*, que tem o computador como mecanismo indispensável, é a mais recente forma de comunicação, razão pela qual está umbilicalmente ligada à sociedade de informação, tendo sobre ela uma influência nunca antes vista. Trata-se de um mecanismo que ainda mais permite a liberdade e a igualdade como direitos fundamentais, podendo representar influência negativa ou positiva, no sentido de possibilitar que pessoas das mais diversas classes sociais tenham acesso ao mesmo tipo de informação e de se manifestar sobre o que acredita ser a verdade. Por outro lado se apresenta como uma tecnologia que pode ser utilizada contra

---

<sup>223</sup> LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999, p. 125.

citados direitos fundamentais no sentido de ser uma exceção em sua violação, uma vez que as relações sociais e de comunicações foram profundamente alteradas diante desse novo modelo de sociedade.

Percebe-se, então, que desse novo modelo social emergem novos riscos:

Qualquer um que conceba a modernização como um processo de inovação autônoma deve contar até mesmo com a obsolescência da sociedade industrial. O outro lado dessa obsolescência é a emergência da sociedade de risco. Este conceito designa uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial.<sup>224</sup>

Continuam os autores dizendo que “o tipo de confrontação das bases da modernização com as consequências da modernização deve ser claramente distinguido do aumento de conhecimento e da cientificação no sentido de auto-reflexão sobre a modernização”<sup>225</sup>. Por fim,

na sociedade de risco, o reconhecimento da imprevisibilidade das ameaças provocadas pelo desenvolvimento técnico-industrial exige a auto-reflexão [sic] em relação às bases de coesão social e o exame das convenções e dos fundamentos predominantes da “racionalidade”. No autoconceito da sociedade de risco, a sociedade torna-se reflexiva (no sentido mais estrito da palavra), o que significa dizer que ela se torna um tema e um problema para ela própria.<sup>226</sup>

A rede de computadores, também conhecida como “rede das redes”, conforme Rodrigues<sup>227</sup>, foi “marcada por sua gênese [sic] militar e acadêmica [sic], viria a democratizar-se de tal modo que, hoje em dia, são poucos os aspectos das nossas vidas que não passam pela *Internet*, já que se entrou na era da Sociedade Informacional e Comunicacional”. Quando ocorreu essa democratização, houve uma cascata de conteúdos informacionais, que conseguiram atingir o parâmetro de convergência com os diversos meios de comunicação, do rádio aos jornais, passando pela televisão, em uma rede de comunicação eletrônica única, interativa. A *Internet* é alimentada de informações das mais diversas origens, desde universidades, bibliotecas, até jornais e televisão, em um modelo de cooperação

<sup>224</sup> BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott... Op. Cit., p. 15.

<sup>225</sup> Ibid., p. 16.

<sup>226</sup> Ibid., p. 19.

<sup>227</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva. **Direito Penal parte especial, Tomo I: Direito Penal informático-digital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 54.

internacional e multifacetário. Daí sua capacidade aparentemente inesgotável de colocar ao alcance de todos os mais diversos assuntos.

Ao se citar a democracia, dentro da sociedade de informação, Pereira<sup>228</sup> observa sua forma virtual, dizendo que

a democracia virtual é menos complexa, todas as questões sociais e os desafios coletivos tornam-se abstratos e, por consequência, o irracional se expande e globaliza o imaginário coletivo como se tudo pudesse ser compreendido de forma a condicionar a história presente e futura numa dimensão interativa global.

A *Internet* possibilita a comunicação de massas, envolvendo indivíduos em busca de conhecimento e verdades, inteiramente abertos ao mundo, os quais passam a poder se manifestar de forma livre na proporção do que até então era possível apenas às grandes companhias de comunicação, o que garante uma maior liberdade e igualdade. De acordo com Machado<sup>229</sup>, ao falar da *Internet*:

ela ameaça revolucionar o domínio dos direitos fundamentais da comunicação, abalando as noções adquiridas em matérias como a privacidade, a proteção de direitos da personalidade, o acesso à informação, a proibição da censura, a obscenidade, a proteção de menores, os padrões comunitários, o licenciamento e a regulação dos deferentes meios de comunicação, a competência da União Europeia e dos Estados na disciplina da comunicação, os respectivos conflitos de competência, etc.

Como destaca Castells<sup>230</sup>, “a *Internet* é de fato uma tecnologia da liberdade – mas pode libertar os poderosos para oprimir os desinformados, pode levar a exclusão dos desvalorizados pelos conquistadores de valor”.

Um novo modelo social, fundado na informação, no seu uso, no ser que com ela manipula, é uma realidade. Por informação e sua tecnologia quer-se dizer “o conjunto convergente de tecnologias em microeletrônica, computação (*software* e *hardware*), telecomunicações/rádiodifusão, e optoeletrônica”<sup>231</sup>. Como comunidade social, possibilita-se a formação de verdadeiras comunidades virtuais as quais são independentes de quaisquer tipo de fatores, quer geográficos, ou ainda

<sup>228</sup> PEREIRA, Josecleto Costa de Almeida. A sociedade da informação e o mundo do trabalho. In: ROVER, Aires José (Org.). **Direito e Informática**. Barueri: Manole, 2004, p. 65.

<sup>229</sup> MACHADO, Jónatas E. M... Op. Cit., p. 352-353.

<sup>230</sup> CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 225.

<sup>231</sup> Id. **A sociedade em rede** – A era da informação: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 2009, v. 1, p. 67.

institucionais, no sentido de aproximar pessoas com projetos de vida semelhantes, como coletividades, em uma nova forma de liberdade de expressão, o que alguns denominam como cibercultura:

a cibercultura é a expressão da aspiração de construção de um laço social, que não seria fundado nem sobre links territoriais, nem sobre relações institucionais, nem sobre relações de poder, mas sobre a reunião em torno de centros de interesses comuns, sobre o jogo, sobre o compartilhamento do saber, sobre a aprendizagem cooperativa, sobre processos abertos de colaboração. O apetite para as comunidades virtuais encontra um ideal de relação humana desterritorializada, transversal, livre. As comunidades virtuais são os motores, os atores, a vida diversa e surpreendente do universal por contato.<sup>232</sup>

Esse mesmo autor, quando fala sobre a rede mundial de computadores e sobre o que ocorre em seu interior, o que se denomina ciberespaço, observa que

a extensão do ciberespaço transforma as restrições que haviam ditado à filosofia política, às ciências da administração, às tradições de organização em geral o leque habitual de suas soluções. Hoje, um bom número de restrições desapareceu devido à disponibilidade de novas ferramentas de comunicação e de coordenação, e podemos pensar modos de organização dos grupos humanos, estilos de relações entre indivíduos e os coletivos radicalmente novos, sem modelos na história e nas sociedades animais.<sup>233</sup>

Nesse sentido, essa nova forma de sociedade possibilita uma maior liberdade, devendo se garantir que a igualdade acompanhe seu ritmo, no modelo de acessibilidade a todos, evitando-se qualquer discriminação e consequente inferioridade, o que resultará em maior autonomia e valorização de conhecimento.

A sociedade de informação possui a característica de ser global, no sentido de não ser localizada geograficamente dentro de limites de fronteiras de determinados Estados, envolvendo diferentes culturas, razão pela qual para se garantir a liberdade e a igualdade, a tecnologia deve ser vista como um colaborador desses direitos. Nesse contexto, questões sobre quem possui ou controla o acesso às redes de computadores, por exemplo, tem grande importância sobre a liberdade, não devendo ocorrer uma monopolização por interesses que podem influenciar negativamente os direitos fundamentais, como os ideológicos e políticos. Nesse

---

<sup>232</sup> LÉVY, Pierre... Op. Cit., p. 130.

<sup>233</sup> Ibid., p. 132.

sentido, destaca Pereira<sup>234</sup>: “a *Internet* aboliu a realidade das distâncias e, ao mesmo tempo, vem acelerando a própria realidade”.

Ao mesmo tempo, deve-se buscar ao máximo possível o acesso de todos à *Internet*, evitando-se uma exclusão à rede e da rede, conforme já anotado. Castells<sup>235</sup> apresenta seu entendimento de que

na democracia, costumavam ser os governos, agindo em nome do interesse público. Ainda penso que são eles os encarregados. Mas digo isto com grande dificuldade, pois tenho plena consciência – como deveria ser óbvio pela leitura deste livro – da crise de legitimidade e eficiência que caracteriza os governos em nosso mundo. Não que fossem excelentes outrora. Mas sabíamos menos sobre eles, e eram capazes de fazer mais – a favor de nós ou contra nós. Como podemos confiar a vida de nossos filhos e governos controlados por partidos que operam usualmente em corrupção sistêmica (financiamento ilegal), inteiramente dependentes de uma política da imagem, conduzidos por políticos profissionais que só prestam contas em tempo de eleição, administrando burocracias insuladas, tecnologicamente antiquadas e em geral sem contato com a vida real de seus cidadãos? Mas, ainda assim, qual é a alternativa?

A atual sociedade de informação também possui a característica de ser uma sociedade capitalista, o que decorreu do desenvolvimento que ocorreu para se chegar até ela, conforme será estudado, mas nada impede sua atuação contra as formas políticas ligadas ao capitalismo. Ferrigolo<sup>236</sup> afirma que na sociedade da informação podem ser percebidas “tendências à justiça informal e à arbitragem. A desregulação tem preconizado uma nova *lex mercatória* mundial, ao nível social, e um *hiper-corpus juris*, ao nível institucional, sinalizando novos cenários normativos”. Esses novos cenários citados tem relação com a universalização decorrente do capitalismo.

A mudança promovida por esse novo paradigma de sociedade, ao contrário do que normalmente acontece, não é lenta e suave, mas sim rápida e inovadora, possibilitando que a cada dia novas descobertas informáticas apareçam e já sejam incorporadas na vida social, penetrando nos mais diversos domínios, sendo um modelo aberto sem perder o seu equilíbrio:

assim, computadores, sistemas de comunicação, decodificação e programação genética são todos amplificadores e extensões da mente humana. O que pensamos e como pensamos é expresso em

<sup>234</sup> PEREIRA, Josecleto Costa de Almeida... Op. Cit., p. 61.

<sup>235</sup> CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet**... Op. Cit., 229.

<sup>236</sup> FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira... Op. Cit., p. 189.

bens, serviços, produção material e intelectual, sejam alimentos, moradia, sistemas de transporte e comunicação, mísseis, saúde, educação ou imagens. A integração crescente entre mentes e máquinas, inclusive a máquina de DNA, está anulando o que Bruce Mazlish chama de a “quarta descontinuidade” (aquela entre seres humanos e máquinas), alternado fundamentalmente o modo pelo qual nascemos, vivemos, aprendemos, trabalhamos, produzimos, consumimos, sonhamos, lutamos ou morremos.<sup>237</sup>

A noção de espaço e de tempo, em especial deste último, no que tange às práticas sociais, sofreu grande mudança nessa nova sociedade, conforme já destacado, uma vez que sofreu quase que uma anulação de existência, no sentido em que se pode comunicar com o outro ou visitar lugares num piscar de olhos (ou menos que isso), o que pode resultar na alteração do conceito de tempo em sua forma cronológica, quando se pensa em comunicação de dados e fluxos de informações.

A respeito da sociedade de informação e de sua relação com a *Internet*, observou Muñoz Galán<sup>238</sup> que:

nos encontramos, ante um novo espaço ou meio para a interação humana (o ciberespaço), caracterizado por ser um meio não físico, portanto não delimitado pelas coordenadas espaço temporais tradicionais, caracteres que provocaram que lhe resultassem inaplicáveis grande parte das normas jurídicas referidas às reações humanas que se desenvolvem no mundo físico. Isso tem obrigado a estabelecer novas regras de conduta diretamente referidas a este mundo incorporal; regras que vem sendo estabelecidas com caráter geral pelos próprios sujeitos que atuam em seu seio, o que vem a demonstrar que a evolução social tem desbordado, uma vez mais, todas as previsões que tinha estabelecido o legislador. (tradução nossa).

Apresentando uma conclusão que não se pode entender como definitiva, sobre a sociedade de informação, Ferrigolo<sup>239</sup> afirma que

<sup>237</sup> CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede...** Op. Cit., p. 69.

<sup>238</sup> GALÁN MUÑOZ, Alfonso. **El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos: análisis del artículo 248.2 CP.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 27. No original: “nos encontramos, ante um nuevo espacio o medio para la interacción humana (el ciberespacio), caracterizado por el hecho de se un medio no físico, no delimitado, por tantom por las coordenadas espaciotemporales tradicionales; caracteres que provocarán que le resultasen inaplicables gran parte de las normas jurídicas referidas a las reacciones humanas que se desarrollan ele l mundo físico. Ello ha obligado a establecer nuevas reglas de conducta directamente referidas a este mundo incorporal, reglas que han venido siendo establecidas con carácter general por los propios sujetos que actúna en su seno, lo que viene a demostrar que la evolución social ha desbordado, una vez más, todas las previsiones que había establecido el legislador”.

<sup>239</sup> FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira... Op. Cit., p. 190.

em suma, a organização da sociedade é assentada na liberdade do cidadão cujo efetivo exercício supõe a escolha inerente a uma sociedade pluralista, constituída pelo multipartidarismo, ausência de religião oficial no país, respeito e incentivo ao pluralismo sindical, escolar e associativo. Repele o monopólio da imprensa em todas as suas formas, garantindo a liberdade de expressão em equilíbrio à proteção dos valores da personalidade do ser humano.

A velocidade com que tudo acontece é muito rápida, “exigindo nova e adequada interpretação do texto legal, passando do lógico-gramatical, histórica, progressiva, histórica-evolutiva, até alcançar, por exemplo, o uso alternativo do direito ou à Escola da livre Pesquisa do Direito ou do Direito Livre”<sup>240</sup>.

Em tempos atuais e futuros, para se viver em sociedade, necessário é estar interligado à sociedade de informação, pois o direito depende dela. Trata-se de uma forma de se garantir direitos fundamentais, sua efetivação, a conscientização dessa realidade e de como utilizá-la em prol da liberdade e da igualdade, em especial garantindo o livre exercício desses direitos, ainda que alguma restrição seja necessária, estando o direito, mais uma vez a ser chamado para a solução de eventuais conflitos, diante de novos paradigmas, sempre tendo como limite os direitos fundamentais.

O Direito Penal é uma das formas de controle social de que dispõe o Estado, restando analisar como ele atua e se no caso da colisão entre a liberdade de expressão efetivada pela *Internet*, com a igualdade racial, deve ele interferir.

---

<sup>240</sup> Ibid., p. 225.

## 2 O ESTADO NO CONTROLE DA SOCIEDADE POR MEIO DO DIREITO PENAL

Após a análise realizada sobre direitos fundamentais, seu caráter indispensável ao ser humano, bem como da verificação de dois dos principais direitos do homem, se não os principais juntamente com a dignidade humana, restou comprovada a necessidade de tutela legal de tais direitos, de forma a possibilitar a interação entre eles, quer de forma individual, quer de forma coletiva, em especial no que tange à colisão da liberdade de expressão com o direito à igualdade, quando venham a se dar manifestações raciais, as quais ganham potencialidade de alcance, apresentam maior repercussão, com o uso da *Internet*.

O direito apresenta várias formas de proteção dos direitos fundamentais, da civil à penal, sendo esta última a mais violenta por também interferir em direitos fundamentais, por trabalhar com a coerção penal, a exemplo da pena que priva a liberdade daquele que cometeu um ilícito penal. Conforme observam Busato e Montes Huapaya<sup>241</sup>,

o objeto de estudo do controle social é duplo: em primeiro lugar situamos as condutas ou comportamentos desviados, os quais são valorados negativamente; por outro lado, situamos a resposta que adota o sistema quando ditos comportamentos não se submetem ao conjunto de regras e princípios estabelecidos à concepção da ordem social.

Destacam ainda citados autores que o Direito Penal não é a forma mais importante, mas apenas uma parte de tal controle social. No entanto, as outras formas de controle como família, religião e outros ramos jurídicos, têm-se mostrado incapazes, acabando o Direito Penal por ser visto e tratado como primeira e única solução na maioria dos casos, o que vai contra seu caráter subsidiário<sup>242</sup>. A atuação invasiva do Direito Penal, pode se mostrar como drástica, uma vez que ele é sancionador, tendo a sanção penal como instrumento de atuação, a qual vem a atingir bens jurídicos.

Justamente por esse fundamento é que se deve analisar qual a melhor forma de atuação do Direito Penal, na proteção e controle social, mas que também

---

<sup>241</sup> BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. **Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 77.

<sup>242</sup> Ibid.



respeite e tenha por base os direitos fundamentais, e como, no caso de manifestações raciais por meio da *Internet*, esse ramo do direito deve atuar.

Partindo de uma análise do controle social pelo Direito Penal, da questão do bem jurídico, transitando pelos mais notáveis princípios penais e pela sanção penal como forma de atuação desse ramo do Direito, após a análise dos sistemas penais, será abordada a atuação extrema e mínima do Direito Penal como forma de intervenção estatal, em busca de demonstrar a real necessidade de atuação desse direito, quando realmente importante e indispensável, em especial tendo em vista a tutela de direitos ditos fundamentais.

## 2.1 O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL

A partir do momento em que o homem passou a viver em sociedade, determinadas regras foram necessárias a fim de garantir uma convivência pacífica, com condições mínimas fundamentais, dentre elas as regras penais.

A princípio, tendo em vista o caráter invasivo do Direito Penal, por ser uma forma de coerção por meio da sanção penal, a mais grave forma de penalização entre as existentes no Direito, deve-se considerar que ele deve atuar na manutenção da paz social, ou seja, no controle social, como uma forma extrema na solução de eventuais conflitos que possam acontecer em determinada sociedade. Portanto, situações conflitivas possuem diversas formas de solução, dentre elas a do Direito Penal:

afirmamos, portanto, que o Direito Penal é disposto pelo estado para a concreta realização de fins; toca-lhe, portanto, uma missão política, que os autores costumam identificar, de modo amplo, na garantia das “condições de vida da sociedade”, como Mestieri, ou na “finalidade de combater o crime”, como Damásio, ou “na preservação dos interesses do indivíduo ou do corpo social”, como Heleno Fragoso.<sup>243</sup>

Tudo isso se refere a algum fim ou finalidade que possui o Direito Penal, que envolve técnicas de controle da sociedade: “o Direito Penal vem ao mundo (ou seja,

---

<sup>243</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 20-21.

é legislado) para cumprir funções concretas *dentro de e para uma sociedade* que concretamente se organizou de *determinada maneira*<sup>244</sup>.

Sempre que se fala em Direito Penal, de alguma forma estamos tratando de algum tipo de violência, sendo ele apenas parte de todo o controle social. Como destacam Muñoz Conde e García Arán<sup>245</sup>, quando se fala em violência, supõe-se Direito Penal, e vice-versa, estando as relações humanas ligadas a ela umbilicalmente. Não se pode falar de tais relações sem a violência, como seria o mais desejado: “se estamos tratando do sistema mais cruel de controle social disponível ao Estado, aí tem que estar, obrigatoriamente, o sistema de garantias mais profundo e estruturado”<sup>246</sup>. A violência está presente, de algum modo, em todas as formas de controle social.

Ressalte-se ainda que, atuando na solução de conflitos, o Direito Penal deve selecionar as condutas indesejadas, mais graves socialmente, tendo em vista os bens atingidos, e não quem as pratica, o que não corresponde à realidade de sua atuação:

ações conflitivas de gravidade e significação social muito diversos se resolvem por via punitiva institucionalizada, mas nem todos que as realizam sofrem essa solução, e sim unicamente uma minoria ínfima deles, depois de um processo de seleção que quase sempre seleciona os mais pobres<sup>247</sup>.

Tendo em conta o objetivo do Direito Penal, Batista<sup>248</sup> observa, após ressaltar a importância da pena em tal fato, que

a missão do Direito Penal *defende* (a sociedade), *protegendo* (bens, ou valores, ou interesses), *garantindo* (a segurança jurídica, ou a confiabilidade nela) ou *confirmando* (a validade das normas); ser-lhe-á percebido um cunho *propulsor*, e a mais modesta de suas virtualidades estará em *resolver* casos.

Citado autor observa que a funcionalidade do Direito Penal é útil e digna em uma indicação positiva, enquanto que a sanção penal, ao retribuir ou prevenir, ameaçando as pessoas para que não pratiquem ilícitos penais, possui uma

<sup>244</sup> Ibid., p. 19.

<sup>245</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal, parte general**. 7. ed. Valência: Tirant lo blanch, 2007.

<sup>246</sup> BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 147

<sup>247</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 60.

<sup>248</sup> BATISTA, Nilo... Op. Cit., p. 111.

indicação negativa, restaurando mal com mal, uma vez que atinge bens jurídicos. Na realidade, isso tudo faz parte de um só Direito Penal de forma a exigir um questionamento maior dos estudiosos, ou como destaca Batista<sup>249</sup>, de forma crítica:

podemos, assim, dizer que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena. Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou “interesses”, ou “estados sociais”, ou “valores”) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações. Efeitos sociais não declarados da pena também configuram, nessas sociedades, uma espécie de “missão secreta” do Direito Penal.

Somente os conflitos sociais de grave ameaça e relevância social merecem formas de intervenção severas, a exemplo do Direito Penal, que delimita as liberdades, sendo forma de aculturação e socialização pela solução de casos por meio de consequências penais:

a posição do sistema de Direito Penal se encontra no campo do controle social, o sistema de Direito Penal é uma de suas partes. Ele possui as mesmas características estruturais como outras áreas do controle social: norma, sanção e processo. A norma define um comportamento divergente como criminoso, a sanção é a reação vinculada à divergência, o processo é o prolongamento da norma e da sanção na realidade. O Direito Penal é a forma da assimilação social dos conflitos sociais.<sup>250</sup>

Cabe destacar os critérios elencados por Busato e Montes Huapaya<sup>251</sup> como existentes acerca de se determinar a danosidade social:

em consideração à *ética social*, se afirma a danosidade social de um fato quando se contrapõe às normas ético-sociais impostas pelo coletivo social.

Em relação ao critério de seleção do *bem jurídico*, afirma-se que a danosidade social de um fato se determina quando se lesiona ou se põe em perigo bens jurídicos fundamentais que ponham em risco a perfeita convivência social.

A respeito do *critério funcionalista*, afirma-se que a danosidade social de um fato se determina pelo caráter disfuncional do mesmo ao fraudar as expectativas estabelecidas pelo grupo, impedindo ou dificultando o normal desenvolvimento social.

<sup>249</sup> Ibid., p. 116.

<sup>250</sup> HASSEMER, Winfried. **Direito Penal libertário**. Tradução Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 212.

<sup>251</sup> BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro... Op. Cit., p. 87.

O controle social sofre grande influência da sociedade, limitando as condutas individuais, e deve corresponder à busca por uma maior tranquilidade social e defesa de direitos fundamentais, na forma de bens jurídicos. Com isso, e como será demonstrado, percebe-se que, para a doutrina predominante, o Direito Penal tem a função de proteger bens jurídicos eleitos como merecedores de tutela penal, existindo entendimentos contrários, como por exemplo o de Jakobs<sup>252</sup>, que alega ser a principal função do Direito Penal a proteção das normas penais.

Assim, Wittig<sup>253</sup>, de forma concisa, escreve sobre os posicionamentos divergentes relacionados à atuação penal:

Para a dogmática tradicional, o Direito Penal tem como finalidade a proteção de bens jurídicos; para o *harm principle*, evitar danos a terceiros. Segundo o funcionalismo penal, no entanto, a incumbência do Direito Penal tem a ver com sua função social, que se resume na garantia de normas essenciais para a sociedade. É claro, esta definição, diferente da finalidade do Direito Penal (segurança de bens diante da vigência de normas), repercute nos critérios de legitimação que devem ser aplicados ao Direito positivo. As concepções jurídico-penais tradicionais partem da essência ou a estrutura dos objetos da dogmática, é dizer, dos concretos bens jurídicos do Direito Penal. O funcionalismo penal, em compensação, coloca em lugar do bem jurídico a vigência da norma. A dogmática penal liberal responde à pergunta de por que pode ser punida uma conduta dizendo que esta produz certos efeitos externos; concretamente, que lesar ou pôe em perigo os bens jurídicos ou os reais interesses de outra pessoa. O funcionalismo, no entanto, tem outra resposta: pune-se porque, como fato dotado de sentido, a conduta lesa a norma. (tradução nossa).

Retomando a questão do controle social, sintetizam Zaffaroni e Pierangeli<sup>254</sup>:

<sup>252</sup> JAKOBS, Gunter. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Recopilación Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid: Civitas Ediciones, 2004.

<sup>253</sup> WITTIG, Petra. Teoría del bien jurídico, harm principle y delimitación de ámbitos de responsabilidad. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Barcelona: Macial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, 2007, p. 342. No original: “Para la dogmática tradicional el Derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos; para el *harm principle*, la evitación de daños a terceros. Según el funcionalismo penal, sin embargo, el cometido del Derecho penal tiene que ver con su función social, que se cifra en la garantía de normas esenciales para la sociedad. Por supuesto, esta diferente definición de la finalidad del Derecho penal (seguridad de bienes frente a vigência de normas) repercute en los criterios de legitimación que han de aplicarse al Derecho positivo. Las concepciones jurídico-penales tradicionales parten de la esencia o la estructura de los objetos de la dogmática, es decir, de los concretos bienes jurídicos del Derecho penal. El funcionalismo penal, em cambio, coloca em lugar del bien jurídico a la vigência de la norma. La dogmática penal liberal responde a la pregunta e por qué puede punirse una conducta diciendo que ésta produce ciertos efectos externos, en concreto que lesiona o pone en peligro los bienes jurídicos o los concretos intereses de otra persona. El funcionalismo, sin embargo, tiene otra respuesta: se pune porque, como hecho dotado de sentido, la conducta lesiona a norma”.

<sup>254</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 4. ed... Op. Cit., p. 62.

a enorme extensão e complexidade do fenômeno do controle social demonstra que uma sociedade é mais ou menos autoritária ou mais ou menos democrática, segundo se oriente em um ou outro sentido a totalidade do fenômeno e não unicamente a parte do controle social institucionalizado ou explícito.

Prosseguem os autores:

em síntese: sustentamos que o Direito Penal tem, como caráter diferenciador, o de procurar cumprir a função de prover à segurança jurídica mediante a coerção penal, e esta, por sua vez, se distingue das restantes coerções jurídicas, porque aspira assumir caráter especificamente preventivo ou particularmente reparador.<sup>255</sup>

Observa Muñoz Conde<sup>256</sup>, por sua vez, ao discorrer sobre o controle social, que este

[...] é condição básica da vida social. Com ele se asseguram o cumprimento das expectativas de conduta e o interesse das normas que regem a convivência, conformando-os e estabilizando-os contrafaticamente, em caso de frustração ou descumprimento, com a respectiva sanção imposta por uma determinada forma de procedimento. É inimaginável uma sociedade sem controle social.

Conforme analisado no capítulo anterior, a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi um marco no reconhecimento dos direitos humanos, tornando-se uma referência nos demais atos de positivação da proteção de tais direitos, além de exigir que aqueles que violem tais direitos sejam mais expostos. Somando-se aos demais instrumentos de reconhecimento dos direitos humanos que se seguiram, e já expostos anteriormente, deve servir de parâmetro para a elaboração do Direito Penal positivo, o qual não pode contradizer quando se presta ao controle social.

Citada limitação leva em conta justamente os bens jurídicos fundamentais a uma existência digna do ser humano, podendo eles serem entendidos como bens indispensáveis ao homem, como tal reconhecidos pelo direito e protegidos por meio de leis, mais especificamente, leis penais.

O Direito Penal deve previamente, em atenção aos seus princípios, determinar quais bens são protegidos e em que proporção os tutela, como forma de anunciar a existência de seu controle social, determinando o que é considerado ilícito penal, delimitando seu campo de atuação, limitando o poder estatal e sendo

<sup>255</sup> Ibid., p. 100.

<sup>256</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal e controle social**. Tradução Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 22.

uma garantia aos indivíduos de como irá ocorrer eventual solução de conflitos e dentro de quais limites.

É por meio da lei penal que o Direito Penal torna sua vontade conhecida e determinada, sendo esse direito um conjunto de tais leis, as quais, relacionadas a determinado sistema social, fazem parte de um todo como ordenamento jurídico, mas possui uma característica própria que é a imposição de uma sanção penal, com base no texto abaixo:

uma parte destas normas jurídicas que formam o ordenamento referem-se às condutas que mais gravemente atacam a convivência humana, tal como regulado pela ordem jurídica e que, por isso mesmo, são sancionadas com o meio mais duro e eficaz de que dispõe o aparato repressivo do poder estatal: a pena. A norma jurídico-penal constitui também um sistema de expectativas: espera-se que não se realize a conduta nela proibida e espera-se também que, caso se realize, haja a reação com a imposição da pena prevista.<sup>257</sup>

É de se destacar que a lei penal não é a criadora dos valores a serem protegidos, apenas os reconhece como já existentes, indispensáveis ao homem e, portanto, que precisam da devida tutela, de acordo com as demais esferas de controle social, como parte de um grande sistema que tem por fim o melhor para o indivíduo em sua dignidade como ser humano, do qual o Direito Penal é a forma de maior gravidade de atuação, mas que sozinho não é suficiente ao referido controle. As diversas instâncias sociais devem trabalhar conjuntamente. Nessa linha de pensamento, destaca Muñoz Conde<sup>258</sup>:

está claro, pois, que a função motivadora da norma penal só pode ser eficaz se precedida ou acompanhada da função motivadora de outras instâncias de controle social. Um Direito Penal sem esta base social prévia seria tão ineficaz como insuportável, e ficaria vazio de conteúdo ou constituiria a típica expressão de um Direito Penal puramente repressivo que só teria eficácia como instrumento de terror. Também a função motivadora emanada de outras instâncias de controle social seria ineficaz se não fora confirmada e assegurada, em última instância, pela função motivadora da norma penal.

Em outra oportunidade, Muñoz Conde juntamente com García Arán<sup>259</sup>

<sup>257</sup> Ibid., p. 11-12.

<sup>258</sup> Ibid., p. 26.

<sup>259</sup> Id.; GARCIA ARÁN, Mercedes... Op. Cit., p. 31. No original: "Norma, sanción e proceso son, pues, los conceptos fundamentales de todas las formas de control social. También en el control social que

destacam que

norma, sanção e processo são, pois, os conceitos fundamentais de todas as formas de controle social. Também no controle social que se realiza por meio do Direito Penal estão presentes; mas logicamente, dadas as peculiaridades desta forma de controle social, apresentam algumas características próprias que dão lugar a disciplinas jurídicas separadas. (tradução nossa).

Deve-se ter em vista a garantia social básica de convivência, e não a intimidação dos cidadãos. A norma penal possui a função de proteção e de motivação, sendo esta última relacionada ao comportamento humano em uma sociedade, como um tipo de “influência psicológica” sobre todos os indivíduos que lhes devem respeito sob o fundamento de proteção de bens jurídicos, em que se encontra a primeira função destacada.

Em sentido amplo, bem vem a ser tudo que tem valor para o ser humano. A noção de bem jurídico é de extrema relevância, já que a moderna ciência penal não pode prescindir de uma base empírica, nem de um vínculo com a realidade que lhe propicia a referida noção.

Descrevendo o início da evolução da teoria sobre o Direito Penal e o bem jurídico, escreve Schünemann<sup>260</sup>:

O primeiro terço dos 205 anos de história da moderna teoria jurídico-penal, que começa com Beccaria e termina com Birnbaum, deu respostas não totalmente idênticas, mas sim pouco divergentes, às duas perguntas decisivas: por meio de considerações iluministas – seja diretamente a partir da figura do contrato social ou apoiando-se nela de forma menos rígida historicamente – é possível desenvolver um conceito de delito que não está a disposição do legislador e que se define pelo dano social ocasionado aos bens naturais ou de origem social dos membros da sociedade, sem que para isso seja

---

se lleva a cabo través del Derecho penal están presentes; pero como es lógico, dadas las peculiaridades de esta forma de control social, revisten unas características propias que dan lugar a disciplinas jurídicas separadas”.

<sup>260</sup> SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Barcelona: Macial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, 2007, p. 207. No original: “El primer tercio de los 205 años de historia de la moderna teoría jurídico-penal, que comienza con Beccaria y termina con Birnbaum, dio respuestas no del todo idênticas, pero sí poco divergentes, a las dos preguntas decisivas: por meio de consideraciones iusracionalistas – sea directamente a partir de la figura del contrato social o apoyándose en ella de forma menos rígida historicamente – es posible desarrollar un concepto de delito que no está a disposición del legislador y que se define por el daño social ocasionado a los bienes naturales o de origen social de los miembros de la sociedad, si que para ello sea en absoluto suficiente una infracción religiosa o moral per se, pero sí que esa infracción (cuyos requisitos no están del todo claros) menoscabe un bien necessário para todos y que haya de salvaguardarse para todos”.

em absoluto suficiente uma infração religiosa ou moral em si mesma, mas sim que essa infração (cujos requisitos não estão totalmente claros) menos cabe um bem necessário para todos e que tenha que ser salvaguardado para todos. (tradução nossa).

Retoma-se, então, a questão dos bens jurídicos e de sua proteção, uma vez que constituem premissas fundamentais para o homem, proposições básicas necessárias para que seja possível uma vida em sociedade. É, pois, função do Direito Penal a tutela de tais bens, os quais delimitam toda a sua atuação, quer na definição de condutas criminosas, quer na fixação da sanção penal correspondente aos ilícitos penais.

Sobre as funções do bem jurídico e sua influência no Direito Penal, afirma-se que

o bem jurídico não é somente o resumo conceitual de um resultado obtido mediante outras operações (como sugere a conhecida expressão “abreviatura da ideia de fim”), também não quando não se emprega com o “ambicioso” fim de limitar constitucionalmente a legislação penal. Ao contrário, desempenha um papel produtivo importante já no nível primário da averiguação da estrutura de delito e, ato seguido (no segundo nível), na determinação do marco de ações compreendidas no tipo como “menoscabadoras do bem jurídico”. (tradução nossa)<sup>261</sup>.

Desse posicionamento pode-se observar o entendimento de relação entre o bem jurídico e a Constituição de um Estado, uma vez que somente pode ser considerado como bem digno de proteção penal aqueles que representam interesses relacionados a uma vida digna do ser humano, o que leva à elaboração de leis de sua proteção com bases constitucionais, ou seja, tutelam-se direitos fundamentais e se determina quando pode ocorrer uma intervenção estatal em nível de atuação penal, isso representa uma forma de contenção do Estado com excesso de proibições.

Para atuar de tal forma, deve o legislador penal sempre considerar, em uma conduta a ser incriminada, sua lesividade social, a tolerância necessária, a proporcionalidade da atuação penal diante da hierarquia dos bens jurídicos, além de

---

<sup>261</sup> Ibid., p. 199. No original: “El bien jurídico no es sólo el resumen conceptual de un resultado obtenido mediante otras operaciones (como sugiere la conocida expresión ‘abreviatura de la idea de fin’), tampoco cuando no se emplea con el ‘ambicioso’ fin de limitar constitucionalmente la legislación penal. Por el contrario, desempeña un papel produtivo importante ya en el nivel primario de la averiguación de la estructura de delito y, acto seguido (en el segundo nivel), en la determinación del marco de acciones comprendidas en el tipo como ‘menoscabadoras del bien jurídico’”.



seu aspecto subsidiário, conforme se verá mais adiante na atuação mínima do Direito Penal.

Alguns autores descrevem como sendo uma concepção negativa do bem jurídico, como forma de não se poder criminalizar determinada conduta quando não se pode encontrar tal bem, ou seja, que o lesione ou o coloque em perigo, como forma de proibir-se o excesso, “nesta variante negativa, o princípio de proteção de bens jurídicos harmoniza sem fissuras com a tradição constitucional da proibição de excesso” (tradução nossa)<sup>262</sup>.

Por uma vertente ainda constitucional, Hassemer<sup>263</sup> observa ser necessário que o bem jurídico sirva de fundamento de qualquer proibição penal, já que, atuando dessa forma, o Estado está a justificar o fim de determinada norma, ou seja, o bem jurídico é “o fundamento necessário e constitucional tanto para conceber um dever de proteção como para determinar os limites à intervenção e seu cálculo preciso” (tradução nossa).

Segundo Hassemer<sup>264</sup>,

o Direito Penal é um “Direito que estabelece limites na luta contra o delito” e a Constituição formula limites à intervenção, também para o Estado que exerce o poder punitivo. O fato de que uma limitação, isto é, que pode ser entendido como justificativa das intromissões feitas dentro dos limites estabelecidos, resulta evidente, mas é outra conversa. Por último, se permitirá afirmar, também, que as limitações do Direito Penal, por um lado, e as limitações das intromissões penais impostas pela Constituição, por outro, procedem em última instância da mesma fonte: uma fundamentação do Direito Penal e da pena baseada nos direitos fundamentais levada a cabo principalmente pela filosofia política do iluminismo. (tradução nossa).

Esse mesmo autor, a título de conclusão sobre o bem jurídico enumera três

<sup>262</sup> HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Barcelona: Macial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, 2007, p. 101. No original: “En esta variante negativa, el principio de protección de bienes jurídicos armoniza sin fissuras con la tradición constitucional de la prohibición de exceso”.

<sup>263</sup> Ibid., p. 103. No original: “el fundamento necesario y constitucional tanto para concebir un deber de protección como para determinar los límites a la intervención y su cálculo preciso”.

<sup>264</sup> Ibid., p. 97. No original: “el Derecho Penal es un ‘Derecho que pone límites a la lucha contra el delito’ y la Constitución formula límites a la intervención, también para el Estado que ejerce el poder punitivo. El hecho de que una limitación, es decir, que puede entenderse como justificación de las intromisiones llevadas a cabo dentro de los límites establecidos, resulta evidente, pero es harina de otro costal. Por último, se permitirá afirmar, asimismo, que las limitaciones del Derecho Penal provenientes de la tradición de la teoría del Derecho Penal, por un lado, y las limitaciones de las intromisiones penales impuestas por la Constitución, por el otro, proceden en última instancia de la misma fuente: una fundamentación del Derecho Penal y de la pena basada en los derechos fundamentales llevada a cabo sobre todo por la filosofía política de la ilustración”.

critérios relacionados à definição desse bem:

- A noção de bem jurídico deveria adequar-se à realidade: quando falamos de bem jurídico, falamos da relação correta entre Direito e vida, de uma ponte firme para os “verdadeiros” bens das pessoas hoje em dia; isto exige uma integração inteligente no sistema de bens jurídicos das condições de vida da moderna socialização, isto é, principalmente de interesses universais.
- O conceito de bem jurídico deveria ser seletivo e nítido: trata-se dos limites à intervenção na liberdade de atuação humana, é dizer, de um conceito protetor da liberdade, pelo que exige diferenciações precisas dos objetos e denominações próximas aos fatos.
- Por último, o conceito de bem jurídico deveria ser geralmente compreensível: deve facilitar o controle democrático do legislador, visto que é o primeiro que deve fazer possível; isto proíbe generalizações nebulosas que impedem a todos ter uma ideia. (tradução nossa)<sup>265</sup>.

Definindo bens jurídicos, Muñoz Conde e García Arán<sup>266</sup> afirmam serem eles “aqueles pressupostos que a pessoa necessita para sua autorrealização e para o desenvolvimento de sua personalidade na vida social” (tradução nossa). Nesse sentido abrange todos os bens que de alguma forma fazem parte da formação da personalidade do homem como ser social.

Por sua vez, Toledo<sup>267</sup> diz que bens jurídicos “são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”. O bem jurídico não é somente um bem da sociedade, mas um bem social, que é, ao mesmo tempo, bem individual, que supre as necessidades vitais do homem: “como expressão de um interesse da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e

<sup>265</sup> Ibid., p. 104. No original: “- La noción de bien jurídico debería adecuarse a la realidad: cuando hablamos de bien jurídico, hablamos de la relación correcta entre Derecho y vida, de un puente firme hacia los “verdadeiros” bienes de las personas hoy en día; esto exige una integración inteligente en el sistema de bienes jurídicos de las condiciones de vida de la moderna socialización, esto es, sobre todo de intereses universales.

- El concepto de bien jurídico debería ser selectivo y nítido: se trata de los límites a la intervención en la libertad de actuación humana, es decir, de un concepto protector de la libertad, por lo que exige diferenciaciones precisas de los objetos y denominaciones cercanas a los hechos.

- Por último, el concepto de bien jurídico debería ser generalmente comprensible: debe facilitar el control democrático del legislador, puesto que es lo primero que tiene que hacer posible; esto prohíbe generalizaciones nebulosas, que impiden a todos hacerse una idea”.

<sup>266</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCIA ARÁN, Mercedes... Op. Cit., p. 59. No original: “aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social”.

<sup>267</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11/07/1984 e com a constituição federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 16.

por isso juridicamente reconhecido como valioso”<sup>268</sup>.

Na verdade, apresentar um conceito específico do que seja bem jurídico para o Direito Penal é tarefa difícil, com contornos às vezes não muito precisos, podendo se afirmar que são interesses, mas não basta ser um interesse, deve ser valorado como um direito das pessoas, e de tal forma reconhecido como de tutela necessária e legítima, a exemplo da liberdade de expressão e da igualdade, não tratando de questões apenas morais ou de fundo religioso, como homossexualismo.

Interessante a comparação promovida por Hirsch<sup>269</sup> entre a teoria do bem jurídico e a do *harm principle* (princípio do dano), o qual é adotado pela dogmática americana e inglesa como forma de determinar quando se deve aplicar uma lei penal, delimitando seu campo de atuação, determinando que só se pode receber uma punição quando a lesão provocada poderia ser evitada por parte de seu autor, apesar de ele reconhecer que a teoria do bem jurídico do direito alemão apresenta uma tendência a ampliar a abrangência do bem jurídico, potencializando este, afirmando ele que o princípio do dano, que muito em comum tem com o bem jurídico,

há de estar orientado prioritariamente a assegurar as condições da convivência social, enquanto os interesses primordiais do indivíduo são protegidos frente a ingerências externas, e isso de modo que intente assegurar-se a maior otimização possível das esferas de liberdade de todos. A separação de tais esferas de liberdade por meio do “princípio de dano” comporta que cada cidadão tem plena liberdade para correr atrás de seus desejos e fins enquanto não dane aos demais, isto é, enquanto não menoscabe interesses alheios. (tradução nossa).

Considerando o princípio do dano, percebe-se que citado dano também afeta um interesse, da mesma forma que a questão do bem jurídico, mas não será

<sup>268</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 43.

<sup>269</sup> HIRSCH, Andrew Von. El concepto de bien jurídico y “el principio del daño”. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Barcelona: Macial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, 2007, p. 40. No original: “ha de estar orientado prioritariamente a asegurar las condiciones de la convivencia social, en quanto los intereses primordiales del individuo som protegidos frente a injerencias externas, y ello de modo que intente asegurarse la mayor optimización posible de las esferas de libertad de todos. La separación de dichas esferas de libertad por médio del ‘principio de daño’ conlleva que cada ciudadano tiene plena libertad para perseguir sus deseos y fines mientras no dane a los demás, esto es, mientras que no menoscabe intereses ajenos”.

do dano a qualquer interesse que deve receber atuação do Direito Penal. Hirsch<sup>270</sup> destaca que “o interesse deve ser concebido como um ‘recurso’ sobre cuja integridade tem uma pretensão [Anspruch] a pessoa envolvida. Expressado de outra forma: uma conduta lesiva é o menoscabo de um recurso a cuja existência indene tem direito outra pessoa” (tradução nossa). E segue esse autor escrevendo que “essa noção de recurso que pulsa atrás do interesse definindo-o como um meio ou uma capacidade que, no caso normal, possui certo valor para a manutenção de um padrão de qualidade de vida” (tradução nossa)<sup>271</sup>.

Verifica-se, nesse sentido, que a questão da qualidade de vida se apresenta como uma potencialidade que delimita a atuação penal, podendo sofrer influência e reflexo do momento em que se vive, ou seja, da evolução cultural e tecnológica, possuindo um aspecto individual de proteção contra lesões.

Mesmo voltando-se aos interesses individuais, o princípio do dano, segundo Hirsch<sup>272</sup>, não deixa de proibir condutas coletivamente lesivas, sendo que para tanto “exige que a *ratio* desses bens coletivos, pelo menos nos casos normais, radique na proteção da qualidade de vida dos seres humanos, isto é, que o prioritário é os interesses pessoais” (tradução nossa).

Conclui então esse autor que devem existir outros critérios a justificar a criminalização de condutas além da teoria do bem jurídico, pois este “por si só não pode conformar uma teoria adequada da criminalização” (tradução nossa)<sup>273</sup> mas ao mesmo tempo entende que quais sejam esses critérios e dentro de quais limites, é algo que ainda está longe de ser resolvido.

A respeito da teoria do bem jurídico, Roxin<sup>274</sup> o entende como um dos pontos centrais de sua compreensão acerca do sistema do Direito Penal, defendendo uma estreita ligação entre a política criminal e o Direito Penal, tendo

<sup>270</sup> Ibid., p. 42. No original: “el interés debe concebirse como um ‘recurso’ sobre cuya integridad tiene una pretensión [Anspruch] la persona involucrada. Expresado de otra manera: una conducta lesiva es el menoscabo de um recurso a cuya existência indene tiene derecho otra persona”.

<sup>271</sup> Ibid., p. 42. No original: “esa noción de recurso que late tras el interés, definiéndolo como um médio o una capacidade que, en el caso normal, posee un certo valor para el mantenimiento de un estándar de calidad de vida”

<sup>272</sup> Ibid., p. 45. No original: “exige que la *ratio* de esos bienes colectivos, al menos en los casos normales, radique en la protección de la calidad de vida de los seres humanos, esto es, que lo prioritário son los interesse personales”.

<sup>273</sup> Ibid., p. 52. No original: “por sí solo no puede conformar una teoría adecuada de la criminalización”.

<sup>274</sup> ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. Tradução Ana Paula dos Santos Luis Natsheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. Lisboa: Vega, 1998, p. 27-28.

desenvolvido a teoria da imputação objetiva segundo a qual para se falar em atuação do Direito Penal e consequente sanção o agente deve criar um risco não tolerado e nem permitido a um bem (lesão a um bem jurídico ou sua colocação em perigo), mas isso não basta. Devendo ele concretizar esse risco criado em sua conduta, observando que,

concretamente, e em relação com o nosso tema, tal significa que em cada situação histórica e social de um grupo humano os pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum se concretizam numa série de condições valiosas como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de actuação [sic] ou a propriedade, as quais todo o mundo conhece; numa palavra os chamados bens jurídicos; e o Direito Penal tem que assegurar esses bens jurídicos, punindo a sua violação em determinadas condições. No Estado moderno, junto a esta proteção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário através dos meios do Direito Penal, o cumprimento das prestações de carácter [sic] público de que depende o indivíduo no quadro de assistência social por parte do Estado.

Ao discorrer sobre a imputação objetiva, de forma concisa, destaca Roxin<sup>275</sup> que

a teoria da imputação objetiva, em cuja renovação e desenvolvimento moderno tenho tido participação destacada, decorre inexcusavelmente [sic] do princípio de proteção de bens jurídicos e, nesta direção, tem chegado a alcançar uma ampla difusão internacional. Querendo o Direito Penal proteger bens jurídicos contra os ataques humanos, isto só será possível na medida em que o Direito Penal proíba a criação de riscos não permitidos e, ademais, valore a infração na forma de uma lesão do bem jurídico como injusto penal. Portanto, ações típicas são sempre lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não permitidos, criados pelo homem.

A ponderação entre os direitos estatais de ingerência e os direitos civis da liberdade, que na fase da legislação se logra com o auxílio do princípio do bem jurídico, se torna válida uma vez mais, agora numa segunda fase, na dogmática, mediante a exigência do risco não permitido.

Os planos legislativo e dogmático traçam, portanto, um processo de ponderação em dois níveis. O legislador só deve proteger bens jurídicos e, em consequência, deixar intacta a liberdade de atuação do cidadão. Por sua parte, o aplicador do Direito tampouco deve proteger os bens jurídicos de uma maneira absoluta, senão unicamente frente a lesões produzidas mediante riscos não permitidos.

<sup>275</sup> Id. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 40-41.

O final da citação, logo acima, corresponde à ideia de uma intervenção mínima do Direito Penal, a qual corresponde ao que Roxin defende juntamente com outros doutrinadores, e será objeto de análise no último tópico deste capítulo

O Direito Penal, então, protege tais bens ao definir os crimes, os tipos penais com suas respectivas penas, devendo-se ressaltar que não são todos os bens jurídicos que são amparados pelo Direito Penal, e nem contra qualquer forma de agressão, ocorrendo uma escolha fundada em política criminal, daqueles que merecem ou exigem uma atenção penal: “os valores a serem protegidos variam segundo o modelo de sociedade, sendo um reflexo necessário de sua estrutura, seria ilusório pretender que possam ser identificados de modo concreto através da função da pena”<sup>276</sup>.

Na realidade, o bem jurídico orienta a criminalização e a descriminalização das condutas, sendo o parâmetro do Direito Penal, de forma a não justificar de considerar determinada ação ou omissão como crime, se não tiver o propósito de se tutelar um bem jurídico indispensável à personalidade de cada um, ligando-se ao próprio conceito de crime.

Pode-se entender que o bem jurídico funciona como ponto em comum entre política criminal e Direito Penal, interligando ambos em prol do interesse individual ou coletivo, e por orientar a legislação penal, é anterior ao direito positivado, como destaca o autor citado:

o bem jurídico é, pois, o orifício da agulha pelo qual têm que passar os valores da ação: nenhuma reforma do Direito Penal pode ser aceitável se não se dirige à proteção de algum bem jurídico, por mais que esteja orientada aos valores da ação. O que faz o Direito Penal é estabilizar esses valores ético-sociais da atitude interna de uma forma característica e tendo em conta determinados limites que são precisamente os dos princípios da legalidade e da proteção de bens jurídicos.<sup>277</sup>

Ainda discorrendo sobre bem jurídico, analisando o posicionamento de Roxin e suas ideias, Prado<sup>278</sup> afirma que possui ele certas funções: “a função limitadora opera uma restrição na tarefa própria do legislador, a função teleológica-sistemática busca reduzir a seus devidos limites a matéria de proibição e a função individualizadora diz respeito à mensuração da pena/gravidade da lesão ao bem

---

<sup>276</sup> PRADO, Luiz Regis... Op. Cit., p. 22.

<sup>277</sup> Ibid., p. 42-43.

<sup>278</sup> Ibid., p. 49.

jurídico”.

Retornando ao próprio Roxin<sup>279</sup>, ele possui uma visão particular e própria do bem jurídico em que o Direito Penal deve ter uma função social nos modelos democráticos, garantindo o mínimo existencial e uma existência pacífica, livre, aos cidadãos, de uma forma crítica, delimitando as fronteiras de uma punição legítima frente a outras pessoas, e não a si mesmo:

podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões de âmbito tributário.

Percebe-se que Roxin<sup>280</sup> defende a ideia de que os bens jurídicos não são apenas individuais, mas também bens da generalidade quando interessem ao indivíduo particularmente, dentro de um Estado, e estão sujeitos à realidade, ou seja, a mudanças jurídicas e sociais. E, para concluir seu pensamento, com o qual se comunga, ele afirma:

minha conclusão é que a proteção de bens jurídicos não só governa a tarefa político-criminal do Direito Penal, mas também a sistemática da teoria do injusto. O Direito Penal protege, no marco do alcance dos seus tipos penais, os bens jurídicos frente aos riscos não permitidos. Por isso, a proteção de bens jurídicos e a teoria da imputação objetiva são componentes irrenunciáveis num processo de ponderação da matéria correspondente à proibição.<sup>281</sup>

Desse posicionamento de Roxin<sup>282</sup>, observa-se sua coerência com uma discussão mais moderna sobre o Direito Penal e o bem jurídico, considerando-se a pós-modernidade e a globalização em que os riscos para uma sobrevivência individual e coletiva são diversos dos que até então existiam (ações humanas, corpo, saúde, patrimônio etc), decorrendo da tecnologia em grande expansão e em níveis globais, em que diversos discursos surgiram alegando que não mais se poderia entender o Direito Penal no paradigma de tutela de bens jurídicos, diante da

<sup>279</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal...** Op. Cit., p. 18-19.

<sup>280</sup> Ibid.

<sup>281</sup> Ibid., p. 61.

<sup>282</sup> Ibid.

dimensão destes e dos novos perigos existentes ao homem. O bem jurídico não é um conceito fechado, podendo sofrer as mais diversas influências, a exemplo dos novos riscos decorrentes de uma sociedade pós-industrial, como reforça Figueiredo Dias<sup>283</sup>:

estamos convictos de que também no próximo futuro a tarefa exclusiva do direito penal de proteção subsidiária de bens jurídicos, como preservação das condições fundamentais da mais livre reutilização possível de cada homem na comunidade, poderá continuar a ser sufragada.

Destaca ainda Roxin<sup>284</sup> que “na doutrina jurídico-penal alemã se discute intensamente sobre a justificativa democrática da tendência de nosso legislador a adiantar a intervenção penal a estágios prévios à lesão do bem jurídico” (tradução nossa) de forma a entender que o bem jurídico e sua tutela não pode ser entendido como critério único para legitimação da atuação penal, citando a questão de proteção das condições de existência para gerações futuras como uma forma abstrata de tutela, a justificar bens coletivos como objeto de atuação penal.

Sobre os bens jurídicos coletivos, como objeto de proteção penal, considerando-se serem pressupostos para a satisfação de necessidades individuais, observa Stratenwerth<sup>285</sup> que “a comunidade constitui o ponto de referência de nossa identidade social” (tradução nossa) de forma que fazendo uso da instigação ao ódio racial, este não possui apenas um aspecto individual, de maneira que cada um pense apenas em seu próprio bem estar: “uma vez superada esta limitação da perspectiva resulta irrecusável proteger ao sujeito como o que chamamos pessoa moral: nas suas crenças básicas que vão além de sua individualidade e têm a ver com toda sua visão do mundo” (tradução nossa)<sup>286</sup>.

<sup>283</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal...** Op. Cit., p. 54.

<sup>284</sup> ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Barcelona: Macial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, 2007, p. 453. No original: “En la doctrina jurídico-penal alemana se discute intensamente sobre la justificación democrática de la tendencia de nuestro legislador a adelantar la intervención penal a estadios previos a la lesión del bien jurídico”.

<sup>285</sup> STRATENWERTH, Günther. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Barcelona: Macial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, 2007, p. 367. No original: “La comunidad constituye el punto de referencia de nuestra identidad social”.

<sup>286</sup> Ibid., p. 369. No original: “una vez se supera esta limitación de la perspectiva resulta irrechazable proteger al sujeto como lo que nosotros llamamos persona moral: en sus creencias básicas que van allá de su individualidad y tienen que ver con toda su visión del mundo”.



Finalmente Stratenwerth<sup>287</sup> observa que ao se proteger direitos individuais de uma coletividade de pessoas, de certa forma se está a proteger um bem universal sem a necessidade de a ele se referir especificamente, e afirma:

parece-me que nossa época está a ponto de apreciar uma consequência ulterior do princípio de igualdade, se de agora em diante se tenta incluir no discurso moral as consequências de nossas ações para as gerações futuras. Não podemos continuar negando essas consequências. Está claro que com o pensamento do bem jurídico não se vai longe neste tema, inclusive porque, apesar da certeza de que estas se darão, não é possível calcular as consequências concretas do que hoje fazemos para nossos descendentes. Isto não pode, no entanto, significar que possamos fazer caso omissos destas consequências. (tradução nossa).

Ainda sobre a questão de bens jurídicos coletivos, considerando-se a segurança de uma pluralidade de indivíduos, a existência e estabilidade do Estado, e não questões puramente subjetivas,

Os bens jurídicos coletivos são onipresentes tanto no Direito Penal nuclear quanto no acessório [Nebenstrafrecht]. Compreendem a segurança do Estado ou do tráfico monetário bem como, por exemplo, a potestade estatal sobre coisas. O dado de que sempre devam servir a generalidade não basta como critério exclusivo para determinar sua estrutura e sistematização. Semelhante objeto de exame seria demasiado heterogêneo para poder ser comprovado como tal de forma unitária; ou – dito de forma mais drástica – : simplesmente não caberia designar bem jurídico coletivo que não apresentara uma relação com a generalidade. (tradução nossa)<sup>288</sup>.

<sup>287</sup> Ibid., p. 371. No original: “me parece que nuestra época está a punto de apreciar una consecuencia ulterior del principio de igualdad, si de ahora en adelante se intentan incluir en el discursos moral las consecuencias de nuestras acciones para las generaciones futuras. No podemos seguir negando dichas consecuencias. Está claro que con el pensamiento del bien jurídico no se llega lejos en este tema, ya incluso porque, a pesar de la certeza de que éstas se darán, no es posible calcular las consecuencias concretas de lo que hoy hacemos para nuestros descendientes. Esto no puede sin embargo significar que podamos hacer caso omisso de estas cosecuencias”.

<sup>288</sup> HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Barcelona: Macial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, 2007, p. 183. No original: “Los bienes jurídicos colectivos son onnipresentes tanto en el Derecho penal nuclear como en el accesorio [Nebenstrafrecht]. Comprenden la seguridad del Estado o del tráfico monetário así como, por ejemplo, la potestad estatal sobre cosas. El dato de que siempre deban servir la generalidad no basta como critério exclusivo para determinar su estructura y sistematización. Semejante objeto de examen sería demasiado heterogêneo para poder comprobarse como tal de forma unitária; o – dicho de forma más drástica – : simplemente no cabría designar bien jurídico colectivo que no presentara una relación con la generalidad”.

Hefendehl<sup>289</sup> entende que um bem será coletivo se impossível dividi-lo em partes para os indivíduos, de forma a que “todo bem coletivo se caracteriza por poder ser utilizado potencialmente por qualquer membro da sociedade, de modo que não é possível atribuir o bem jurídico coletivo ou um fragmento do mesmo somente a uma determinada parte da sociedade” (tradução nossa) e segue ele dizendo que,

para definir o conceito de bem coletivo se empregam principalmente os conceitos de não exclusão [Nicht-Ausschliessbarkeit] no uso e de não-rivalidade [Nicht-Rivalität] no consumo. A segurança exterior é um caso relativamente claro de bem jurídico coletivo, porque, em primeiro lugar, ninguém (mais exatamente: ninguém que possa permanecer no território de que se trate) pode ser excluído de seu uso e, em segundo lugar, o uso de A nem prejudica nem impede o uso de B. (tradução nossa)<sup>290</sup>.

Por fim esse mesmo autor discorre sobre três grupos de bens coletivos:

os bens jurídicos relativos à organização do Estado e ao seu desenvolvimento não são usufruídos no sentido estrito pelos membros da sociedade, somente são assegurados para isso, com o que não se cumpre mais que o critério da não distributividade. Em compensação, os bens jurídicos que servem de base aos delitos contra o meio ambiente são usufruídos pelos cidadãos; mas, visto que no fundo recorrem a realidades naturais e, por tanto, esses bens jurídicos estão descritivamente configurados, o Estado não tem a possibilidade de pôr este bem jurídico coletivo a disposição da generalidade de forma ilimitada. Por último, os bens jurídicos aos quais tem que recorrer um cidadão em uma determinada ordem social (por exemplo, a segurança da moeda) devem ser construídos livres de desgaste, porque, se não, não estaria garantida a premissa de que qualquer um pode utilizar um bem jurídico coletivo. (tradução nossa)<sup>291</sup>.

<sup>289</sup> Ibid., p. 189. No original: “Todo bien colectivo se caracteriza por poder ser utilizado potencialmente por cualquier miembro de la sociedad, de modo que no es posible assignar el bien jurídico colectivo o un fragmento del mismo sólo a una determinada parte de la sociedad”.

<sup>290</sup> Ibid., p. 188-189. No original: “Para definir el concepto de bien colectivo se emplean sobre todo los conceptos de no exclusión [Nicht-Ausschliessbarkeit] en el uso y de no-rivalidad [Nicht-Rivalität] en el consumo. La seguridad exterior es un caso relativamente claro de bien jurídico colectivo, porque, en primer lugar, nadie (más exactamente: nadie que pueda permanecer en el territorio de que se trate) puede ser excluído de su uso y, en segundo lugar, el disfrute por A ni perjudica ni impede el uso por B”.

<sup>291</sup> Ibid., p. 189-190. No original: “Los bienes jurídicos relativos a la organización del Estado y su desarrollo no se disfrutan en sentido estricto por los miembros de la sociedad, sólo se aseguran para ello, con lo que no se cumple más que el critério de la no-distributividad. En cambio, los bienes jurídicos que sirven de base a los delitos contra el medio ambiente se disfrutan por los ciudadanos; pero, dado que en el fondo recurren a realidades naturales y, por lo tanto, esos bienes jurídicos están descriptivamente configurados, el Estado no tiene la posibilidad de poner este bien jurídico colectivo a disposición de la generalidad de forma ilimitada. Por último, los bienes jurídicos a los que tiene que poder recurrir un ciudadano en un determinado orden social (por ejemplo, la seguridad de

Ao discorrer sobre a hierarquização dos bens a merecer proteção penal, interessante é o posicionamento de Busato e Montes Huapaya<sup>292</sup>, que tem como fundo a proteção contra abusos do Estado e de interesse corporativos:

nossa preferência é em favor da hierarquização dos valores individuais frente aos coletivos, o que se identifica com uma teoria *monista personalista* que reconhece a existência dos bens jurídicos coletivos só enquanto servem ao desenvolvimento pessoal do indivíduo.

Concorda-se com esses autores em tal posicionamento, observando-se que a teoria do bem jurídico deve nortear a autação penal com fundamento em interesses individuais, os quais podem dirigir a tutela de bens coletivos, afirmando eles ainda que “só o reconhecimento de uma teoria monista personalista (individual) permite que se possa dispor de, ou defender um bem jurídico individual”<sup>293</sup>.

Com tais discursos, entre outras observações, constata-se a existência daqueles que propugnam pela impossibilidade de uma função mínima de proteção dos bens jurídicos, reclamando uma nova política criminal, em busca de uma antecipação da tutela (ao que poderíamos chamar de Direito Penal do comportamento em prol de máxima atuação e eficiência), enquanto que outros discursos defendem que o Direito Penal não deve mudar sua postura em busca de proteger novos riscos à sociedade, devendo outros ramos do direito ter uma maior atuação em relação a esses novos perigos. Tal discussão é tão profunda e diversificada que possibilita um grande estudo à parte, não sendo da pretensão do que por ora se propõe.

O posicionamento de Roxin<sup>294</sup> merece todo o respeito e atenção, pois aceita a teoria de proteção de bens jurídicos, ampliando-a, bem como o faz Figueiredo Dias<sup>295</sup>:

o que reafirmamos é por isso tão-só a inteira legitimação do legislador para, nomeadamente face à necessidade colectiva [sic] de contenção de mega-riscos globais, criar, se indispensável, incriminações acumulativas, protectoras [sic] de bens jurídicos coletivos. Se, p. ex., o legislador, baseado nos conhecimentos

---

la moneda) hande construirse libres de desgaste, porque, si no, no estaria garantizada la premissa de que cualquiera puede utilizar un bien jurídico colectivo”.

<sup>292</sup> BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro... Op. Cit., p. 90.

<sup>293</sup> Ibid., p. 69.

<sup>294</sup> ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**... Op. Cit., p. 18-19.

<sup>295</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal** – parte geral: questões fundamentais – a doutrina geral do crime. Portugal: Coimbra Editora, 2007, p. 153-154.

científicos disponíveis conclui que a utilização maciça de produtos (mesmo que simples perfumes ou desodorizantes) sob a forma de sprays pode aumentar os danos da camada de ozônio, está absolutamente legitimado para criminalizar o fabrico, a venda, a utilização, etc., de quaisquer produtos sob aquela forma. [...]

Nesta medida acabamos por nos aproximar de certo modo, é verdade, da ideia de Stratenwerth segundo a qual a tutela dos grandes riscos e das gerações futuras pode em certos casos passar pela assunção de um *Direito Penal do comportamento* em que são penalizadas e punidas puras *relações da vida como tais*. Não se trata com isto, porém, de uma alternativa ao Direito Penal do bem jurídico: ainda aqui a *punição imediata de certas espécies de comportamentos é feita em nome da tutela de bens jurídicos colectivos* [sic] e só nesta medida se encontra legitimada. Desta maneira se manterá a fidelidade possível ao paradigma jurídico-penal iluminista que nos acompanha e se espera possa continuar a ser a fonte de desenvolvimento e de progresso; e possa continuar assim a assumir o seu papel insubstituível na contenção dos mega-riscos da sociedade pós-industrial e na função tutelar dos interesses também das gerações futuras.

Por sua vez, Schünemann<sup>296</sup> acredita que a teoria verdadeira sobre o bem jurídico ainda está por surgir, e que o mesmo deve permanecer como forma de justiça penal:

a europeização do Direito Penal atualmente em processo não conduz a uma otimização da proteção dos direitos fundamentais, e sim a uma otimização das competências de intervenção estatais. Diante dela, o princípio de proteção de bens jurídicos representa, a meu ver, a sólida rocha do pensamento liberal e, por tanto, da justiça, que não devem ser sacrificados em favor da europeização. (tradução nossa).

Hefendehl<sup>297</sup> apresenta seu prognóstico sobre o bem jurídico no seguinte sentido:

Os princípios limitadores e ampliadores dos fundamentos da punição

<sup>296</sup> SCHÜNEMANN, Bernd... Op. Cit., p. 226. No original: "La europeización del Derecho Penal actualmente en proceso no conduce a una optimización de la protección de los derechos fundamentales, sino a una optimización de las competencias de intervención estatales. Frente a ella, el principio de protección de bienes jurídicos representa, a mi parecer, la sólida roca del pensamiento liberal y, por tanto, de la justicia, que no deben ser sacrificados en aras de la euopeización".

<sup>297</sup> HEFENDEHL, Roland... Op. Cit., p. 469. No original: "Los principios limitadores y ampliadores de los fundamentos de la punición – esta es mi tesis – van ganhar creciente relevância práctica. Las razones son múltiples: *Por una parte* se recuerda, afortunadamente cada vez más, que el concepto de bien jurídico no es una cuestión de riqueza creativa – así en las exposiciones de motivos suele considerarse como tarea obligatoria, pesada y simple al mismo tiempo, designar un supuesto bien jurídico protegido – sino que ha de satisfacer determinadas cautelas (evaluables). *Por otra parte* la creciente funcionalización del Derecho Penal como Derecho de lucha trae consigo que se abran continuamente nuevos campos en la lucha contra los enemigos, lo que torna virulenta para los protagonistas la cuestión de una ampliación legimitadora, y para los críticos la de la limitación del Derecho Penal".

– esta é a minha tese – vão ganhar crescente relevância prática. As razões são múltiplas: *Por uma parte* se lembra, afortunadamente cada vez más, que o conceito de bem jurídico não é uma questão de riqueza criativa – assim, nas exposições de motivos costuma considerar-se como tarefa obrigatória, pesada e simples ao mesmo tempo, designar um suposto bem jurídico protegido – e sim que satisfará determinadas cautelas (avaliáveis). *Por outra parte*, a crescente funcionalização do Direito Penal como Direito de luta traz consigo que se abram continuamente novos campos na luta contra os inimigos, o que torna virulenta para os protagonistas a questão de uma ampliação legitimadora, e para os críticos a da limitação do Direito Penal. (tradução nossa).

Apesar das críticas de que o conceito de bem jurídico é muito vago, amplo e relativo, comunga-se do entendimento de que ele deve nortear todas as ações penais, em especial quando diz respeito aos direitos fundamentais e a orientar uma justa política criminal<sup>298</sup>.

De qualquer forma, é difícil não aceitar que o bem jurídico, com sua teoria de justificar a atuação penal, limita o poder de punir do Estado, o que é extremamente significativo em prol da máxima liberdade possível, delimitando, assim, a atuação penal, que não deve ser voltada simplesmente ao que é imoral ou pecaminoso, mas sim aos casos de sua lesão ou colocação em risco de um bem jurídico reconhecido constitucionalmente, ou que como tal seja entendido como um bem imprescindível à vida do homem (de valor social). Nas palavras de Tavares<sup>299</sup>: “pode ser entendido como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real a constituir, portanto, um elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os outros componentes” (tradução nossa). Isso significa que as normas devem ter por fim a proteção de bens jurídicos, em uma postura dogmática.

Nessa linha de pensamento, tem-se:

A tarefa da hermenêutica jurídico-penal moderna é reinterpretar as categorias dogmáticas segundo o lema político-criminal. Assim, a adequada compreensão da norma deve ter por elemento referencial o ponto que sintetiza os objetivos do Direito Penal, ou seja, a

<sup>298</sup> FRISCH, Wolafgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Barcelona: Macial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, 2007, p. 312.

<sup>299</sup> TAVARES, Juarez E. X. **Bien jurídico y función en Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 39. No original: “puede ser entendido como un valor que se incorpora a la norma como su objeto de preferencia real y constituir, por lo tanto, un elemento primario de la estructura del tipo, al cual se deben referir la acción típica y todos los demás componentes”.

proteção de bens jurídicos.<sup>300</sup>

Na realidade, os bens jurídicos têm o fundamento de direitos indispensáveis ao homem, elegendo-os também como objetos de tutela, entre eles a liberdade e a igualdade conforme sua relação constitucional já discorrida e, portanto, são dirigidos por princípios fundamentais de Direito Penal, os quais ainda serão objeto de enfrentamento. O Direito Penal é regido por tais princípios que funcionam como seu patamar, sua base, indicando o caminho a se trilhar, protegendo bens jurídicos e até os lesionando nos casos de violações das normas penais, com a sanção penal.

De todo o exposto, fica constatado que sempre que se fala em Direito Penal, em controle social, em proteção de bens jurídicos, existe, como pano de fundo, a pena, a sanção penal, este grave mecanismo que acaba por afetar direitos daqueles que violam uma lei penal. Daí ser de suma importância se averiguar qual o real sentido e fundamento da pena, que constitui um dos meios de que dispõe o Direito Penal, se não o principal, para o controle social pretendido.

De acordo com o conceito analítico de crime, o elemento que compõe este e está diretamente relacionado com a pena é a culpabilidade, a qual abrange um conjunto de condições que podem ou não levar à imposição de uma sanção penal, ou de uma medida de segurança, ambas com a mesma finalidade, relacionando-se diretamente com a culpabilidade e a periculosidade do agente.

Como já destacado anteriormente, o sistema punitivo do Estado constitui o mais rigoroso instrumento de controle social. A conduta delituosa é a mais grave forma de transgressão de normas. O sistema opera através da mais grave sanção jurídica, que é a pena, juntamente com a medida de segurança, em casos especiais. Tem-se, portanto, que como função do Direito Penal, e no seu exercício, importa não somente o crime, mas também, e no mesmo patamar, a consequência para a sua prática.

A doutrina tem procurado explicar o fundamento da pena por meio de teorias chamadas absolutas, relativas e unitárias, tendo em consideração para que serve e por que deve ser aplicada a sanção penal. Essas teorias gravitam em torno de duas ideias fundamentais, a retribuição e a prevenção: teorias absolutas, a pena é exigência de justiça, isto é, quem pratica um mal deve sofrer um mal; teorias

---

<sup>300</sup> BUSATO, Paulo César. **Fundamentos de Direito Penal brasileiro**. Curitiba: [s.n.], 2012, p. 116-117.

relativas, partem de uma concepção utilitária da pena por meio de seus efeitos de prevenção geral, em que a pena é a intimidação que se supõe alcançar por meio da ameaça e de sua imposição, atemorizando os infratores, e prevenção especial, que atua sobre o autor do crime, visando a evitar a reincidência; teorias unitárias, combinam as teorias anteriores, sendo a pena uma forma de retribuição, mas deve, por igual, perseguir os fins da prevenção geral e especial.

No momento da ameaça penal o escopo principal da pena é o de atuar sobre os destinatários da norma para que esses se abstenham da infração. Com a transgressão da norma penal, impõe-se a pena ao transgressor, ou seja, a ele se impõe um mal, a perda de determinados bens jurídicos. Fundamento da pena é aqui a realização da conduta delituosa. O transgressor é punido porque praticou a ação típica, antijurídica e culpável que tem como consequência a pena criminal. Escopo da pena será aqui mostrar ao criminoso e a todos os criminosos em potencial a efetividade da ameaça, ou seja, aqui também vigoram a prevenção geral e a prevenção especial. A ameaça penal de nada valeria se não se convertesse em realidade em face do transgressor. No momento da execução, fundamento da pena é a sentença condenatória. Esta impõe a perda ou a diminuição de bens jurídicos ao condenado, que tem a garantia de não ser atingido senão nos limites dos direitos atingidos pela sentença. Escopo da pena é aqui a ressocialização do condenado, ou seja, a finalidade de reincorporá-lo à sociedade. Ainda aqui prevalecem fins práticos: trata-se de evitar que se cometam crimes e que novos crimes sejam praticados pelo condenado.

Segundo o discurso oficial, considerando-se o caráter de prevenção da pena criminal, este pode ser dividido em dois grupos, cada um deles com outras duas divisões. Tem-se a prevenção geral positiva em que a sanção seria uma forma de mostrar a existência e atuação do direito, enquanto que a prevenção geral negativa se resume na intimidação, no receio que se impõe a todos a fim de que não pratiquem ilícitos penais. Em referência à prevenção especial, na sua forma negativa seria a punição imposta àquele que praticar um injusto penal, já em sua forma positiva se tem a tão citada ressocialização, cujo termo mais correto seria recuperação.<sup>301</sup>

O que se observa é que na forma de retribuição a pena criminal não possui

---

<sup>301</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

nenhuma finalidade, salvo a imposição de um mal, isto é, tratar o mal crime com o mal pena, o que “não é democrático e nem científico”<sup>302</sup>, sendo que se acreditava que “o crime é aniquilado, negado, expiado pelo sofrimento da pena que, desse modo, restabelece o direito lesado”<sup>303</sup>. Não se consegue restaurar a paz social e nem recuperar o criminoso. A questão é que é impossível estabelecer um limite do poder punitivo, considerando-se o conteúdo, segundo Roxin<sup>304</sup>:

resumindo numa só frase as três razões: a teoria da retribuição não serve, porque deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque, como profissão de fé irracional e além do mais contestável, não é vinculante.

No entanto, as teorias absolutas tiveram algum mérito, conforme observa Figueiredo Dias<sup>305</sup>, o de “ter erigido o princípio da culpa em princípio absoluto de toda a aplicação da pena, e deste modo, ter levantado um veto incondicional à aplicação de uma pena criminal que viole a eminente dignidade da pessoa”. De acordo com o princípio da culpabilidade, a sanção penal está condicionada à medida da culpa.

Tendo em vista as teorias relativas, existe uma espécie de crítica geral de que ela, ao ter em vista determinada finalidade, acaba por transformar o delinquente em objeto, violando-lhe a dignidade, realizando vinganças<sup>306</sup>. No entanto, se pensarmos dessa forma, qualquer tipo de controle social estaria tratando o homem como objeto, interferindo de alguma forma em sua liberdade, sendo uma crítica que não se pode aceitar.

Em relação à prevenção geral, acredita-se que a pena pode fazer com que os indivíduos tenham um comportamento segundo o que se considera adequado e é previsto em leis penais, sob o risco de se aumentar em demasia as sanções para que isso realmente ocorra, ou seja, uma constante intimidação, o que pode até funcionar dentro da normalidade da sociedade e de seus componentes, mas não em relação a todos, de forma a não servir de base ao poder estatal punitivo, considerando-se suas consequências, além do que “é político-criminalmente discutível e carece de legitimação que esteja em consonância com os fundamentos

<sup>302</sup> Id. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 463.

<sup>303</sup> ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal**... Op. Cit., p. 17.

<sup>304</sup> Ibid., p. 19.

<sup>305</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**... Op. Cit., p. 47.

<sup>306</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed... Op. Cit.



do ordenamento jurídico”<sup>307</sup>. Por outro lado, a prevenção geral se coaduna com a função de tutela de bens jurídicos inerente ao Direito Penal, isso de forma subsidiária.

Sobre a prevenção especial, o mesmo Roxin<sup>308</sup> destaca seu aspecto retributivo, deixando claro que essa teoria ressurgiu com Franz v. Liszt e a sua escola, citando como nota de rodapé o seu “Programa de Marburg” como fonte de referência, de forma a deixar o cidadão exposto à vontade do Estado, ao afirmar sobre tal teoria, que

esta não pretende retribuir o facto [sic] passado, assentando a justificação da pena na prevenção de novos delitos do autor. Tal pode ocorrer de três maneiras: corrigindo o incorrigível, isto é, o que hoje chamamos ressocialização; intimidando o que pelo menos é intimidável; e, finalmente tornando inofensivo mediante pena de privação da liberdade os que não são nem corrigíveis nem intimidáveis.

Essa teoria tem por fundamento evitar que a pessoa volte a delinquir, ou seja, evitar a reincidência, o que pode ser visto como uma utopia, enquanto que para outros seria uma forma de se defender a sociedade excluindo dela aquele que praticou determinada conduta ilícita. No entanto, no aspecto positivo, o que a prevenção especial procura é a alegada reinserção social ou a denominada ressocialização do infrator, valendo destacar que determinados crimes não apresentam qualquer necessidade desse fundamento, ou seja, desnecessária se mostra a reinserção, como, por exemplo, os crimes culposos, onde o evento foi, provavelmente, um acidente na vida do indivíduo, que não voltará a ocorrer.

Podemos destacar as palavras de Figueiredo Dias<sup>309</sup> acerca de prevenção especial ao dizer que:

o pensamento da prevenção especial – nomeadamente quando se assume como prevenção especial positiva ou de socialização – é decerto, a muitos títulos, tão prezável, quanto indispensável. Tal como se viu suceder com o pensamento da prevenção geral, ele revela desde logo uma particular sintonia com a *função do Direito Penal* como direito de tutela subsidiária de bens jurídicos; pois não é outra coisa que se pretende senão aquela tutela quando com a pena se visa actuar [sic] sobre o delinquente no sentido de prevenção da reincidência. Ao que acresce que o Estado só se afigura instância legítima para infligir ao delinquente uma pena que de todo modo

<sup>307</sup> ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal...** Op. Cit., p. 25.

<sup>308</sup> Ibid., p. 20

<sup>309</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal – parte geral...** Op. Cit., p. 56.

constitui um mal quando a esse mal pode ser assacado caráter *social-positivo*, tal como se encontra no pensamento da socialização; e mesmo no da *defesa pessoal*, nos casos excepcionais em que a socialização se revele inalcançável ou desnecessária, mas os interesses de segurança da generalidade prevaleçam notoriamente sobre o mal que com a pena se faz ao delinquente. E ao que acresce ainda que o Estado tem o dever de auxiliar os membros da comunidade colocados em situação de maior necessidade e carência social, a eles *oferecendo* – não impondo! – os meios necessários à sua (re)inserção social (grifo nosso).

A teoria unitária traz consigo os questionamentos de cada uma das teorias que reúne, mas ao mesmo tempo pode ela fazer uso do que pode vir a ser aproveitável, restando, talvez como a solução no caso da necessidade da sanção penal para se tutelar bens jurídicos e garantir uma existência satisfatória dos componentes de uma sociedade determinada, mas apenas nos casos necessários para os quais não exista outra solução. Fazendo uso, mais uma vez dos ensinamentos de Roxin<sup>310</sup>:

resumindo, pode dizer-se acerca da segunda fase de eficácia do Direito Penal, que a aplicação da pena serve para a proteção subsidiária e preventiva, tanto geral como individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, através de um processo que salvguarde a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida da culpa [...] Se quiséssemos consagrar numa só frase o sentido e limites do Direito Penal, poderíamos caracterizar a sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos e prestações de serviços estatais, mediante prevenção geral e especial, que salvguarda a personalidade no quadro traçado pela medida da culpa individual. Trata-se, se me é permitido dar um nome a esta concepção, de uma teoria unificadora dialéctica [sic], a qual deve ser claramente distinguida, tanto do ponto de vista metodológico como pelo seu conteúdo, das tradicionais teorias monistas, assim como da teoria dominante da unificação por adição.

Sobre as teorias unitárias, considerando-se a questão da retribuição, para Figueiredo Dias<sup>311</sup> esta poderia se ligar à prevenção, tendo-se momentos distintos de atuação de cada uma, conforme observado linhas atrás: ameaça, aplicação e execução da pena.

O que se tem, em realidade, é a preservação da individualidade de cada um, mas de forma que se tenha um proveito coletivo, não ocorrendo uma ameaça excessiva de modo a se preservar a personalidade de eventuais criminosos. É o

<sup>310</sup> ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal...** Op. Cit., p. 40-43.

<sup>311</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal...** Op. Cit.

caminho para um Direito Penal de interferência mínima, evitando-se exageros com uma retribuição, característica inafastável da pena, na medida da culpa de cada um.

Cirino dos Santos<sup>312</sup> destaca a questão das funções declaradas ou manifestas da pena, que são a retribuição da culpabilidade, a prevenção geral e a prevenção especial, das funções reais ou aparentes, as quais são maquiadas a fim de não serem percebidas, referindo-se à aplicação e à execução da pena em sociedades formadas por classes antagônicas. Citada constatação também foi realizada por Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar<sup>313</sup>.

Apresenta então Cirino dos Santos<sup>314</sup> crítica negativa/agnóstica da sanção penal, a qual nega o discurso oficial, entendendo a pena como ato do poder político semelhante a uma “guerra”, compreendendo que se deve reduzir o estado de polícia, ou seja, o poder punitivo e, em contrapartida, ampliar-se o Estado de Direito, contendo a punição do discurso da lei e da ordem por meio de projetos de política criminal:

- a) o modelo ideal de *estado de polícia* caracteriza-se pelo exercício de poder *vertical* e *autoritário* e pela distribuição de justiça *substancialista* de grupos ou classes sociais, expressiva de direitos meta-humanos *paternalistas*, que suprime os *conflitos humanos* mediante as funções manifestas positivas de *retribuição* e de *prevenção* da pena criminal, conforme a vontade hegemônica do grupo ou classe social no poder;
- b) o modelo ideal de *estado de direito* caracteriza-se pelo exercício do poder *horizontal/democrático* e pela distribuição de justiça *procedimental* da maioria, expressiva de direitos humanos *fraternos*, que resolve os *conflitos humanos* conforme as regras democráticas estabelecidas, com *redução ou limitação* do poder punitivo do *estado de polícia*.

O mesmo Cirino dos Santos<sup>315</sup> trata da crítica materialista/dialética da pena criminal, observando que

o discurso crítico da teoria *materialista/dialética* da pena criminal pretende revelar a natureza *real* da *retribuição penal* nas sociedades contemporâneas – que não representa resquício metafísico de expiação do mal injusto do crime com o mal justo da pena, como pretendem teóricos da prevenção positiva geral; e especial, nem se reduz ao argumento antropológico de sobrevivência da vingança retaliatória no psiquismo humano, nem pode ser explicada por

<sup>312</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed... Op. Cit.

<sup>313</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

<sup>314</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed... Op. Cit., p. 431-432.

<sup>315</sup> Ibid., p. 477.

argumentos filosóficos do tipo imperativo categórico ou dignidade do ser humano, assim como não se confina aos argumentos legais da pena necessária e suficiente para reprovação do crime. Ao contrário, a teoria criminológica *materialista/dialética* introduz uma explicação política da emergência histórica da *retribuição equivalente*, como fenômeno sócio-estrutural [sic] específico das sociedades capitalistas: a função de *retribuição equivalente* da pena criminal corresponde aos fundamentos *materiais* e *ideológicos* das sociedades fundadas na relação *capital/trabalho assalariado*, porque existe como forma de “*equivalência jurídica*” fundada nas *relações de produção* das sociedades capitalistas contemporâneas. A teoria *materialista/dialética* da história parte do princípio de que a *produção* e a *circulação* de mercadorias é o *fundamento material* da ordem social capitalista.

Tem-se com isso o discurso da criminologia crítica, segundo a qual o crime decorre do capitalismo, sendo a prisão uma forma de violência que visa a reafirmar a ordem social burguesa, constituindo uma fábrica de proletários. Em tal sentido, conclui Santos<sup>316</sup> que

se a pena constitui *retribuição equivalente* do crime, medida pelo tempo de *liberdade suprimida* segundo a gravidade do crime realizado, determinada pela conjunção de *desvalor de ação* e de *desvalor de resultado*, então a pena como *retribuição equivalente* representa a forma de punição específica e característica, que deve perdurar enquanto subsistir a sociedade de produtores de mercadorias – gostemos ou não gostemos disso.

Para essa forma de crítica, a prevenção especial também se demonstra ilusória, pois nada tem a pena de curativa, pelo contrário, ela aumenta a reincidência, acarreta um rebaixamento social que possui sua própria subcultura, reproduz a criminalidade, dentre outras consequências, ou seja, “a prisão prisionaliza o preso que, depois de aprender a viver na prisão, retorna para as mesmas condições sociais adversas que determinaram a criminalização anterior”<sup>317</sup>.

Em relação à forma de prevenção geral, observa Santos<sup>318</sup>, que a pena desestimula os chamados “crimes de reflexão”, como os delitos tributários, ambientais etc, mas nenhum efeito possui em relação aos delitos mais graves, a criminalidade comum, a exemplo dos homicídios, estupros, dentre outros, sendo uma característica do Direito Penal simbólico.

Ao discorrer sobre a pena e suas funções, a título de conclusão, escreveu

<sup>316</sup> Ibid., p. 483.

<sup>317</sup> Ibid., p. 487.

<sup>318</sup> Ibid.

Figueiredo Dias<sup>319</sup>:

a teoria penal aqui defendida pode resumir assim pela forma seguinte: 1) Toda a pena serve finalidades exclusivas de prevenção geral e especial. 2) A pena concreta é limitada, no seu máximo inultrapassável, pela medida da culpa. 3) Dentro deste limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto óptimo [sic] de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico. 4) Dentro desta moldura de prevenção geral de integração a medida da pena é encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa ou de intimidação ou segurança individuais.

De uma forma ou de outra, a pena não deixa de ser um meio de controle social, talvez não a melhor forma, mas a que se conhece, e nos moldes do que foi apresentado por Roxin<sup>320</sup>, parece ser a melhor forma de sua atuação dentro de um Estado Democrático de Direito, até que apareça outra solução, com o que se concorda no presente texto. A pena pode ser contida, mas não eliminada. O que se deve ter mais em consideração na aplicação do Direito Penal é a figura da vítima, um pouco esquecida e que deveria ter papel mais importante na consequência do crime, a exemplo da justiça restaurativa. O posicionamento crítico apresenta certo fundamento, mas não pode ser visto em sua vertente extrema, a ponto de se acabar com a sanção penal ou se entender que a pena não serve para nada a não ser, apenas, servir ao sistema capitalista.

Busato<sup>321</sup> observa que existe uma relação inevitável entre a pena e o bem jurídico como forma de o Estado manter a sociedade controlada, mas observa que isso deve ocorrer nos casos de maior gravidade, naquilo que denomina de “agressões intoleráveis contra bens jurídicos fundamentais para o desenvolvimento dos indivíduos componentes desta mesma sociedade”. Em tal sentido a teoria do bem jurídico é indispensável para legitimar e justificar a pena: “a finalidade da pena não é mais do que manter o controle social”<sup>322</sup>.

Nesse sentido, escreve citado autor que

<sup>319</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal...** Op. Cit., p. 110-111.

<sup>320</sup> ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito Penal...** Op. Cit.

<sup>321</sup> BUSATO, Paulo César. **Fundamentos de Direito Penal brasileiro...** Op. Cit., p. 343.

<sup>322</sup> Ibid., p. 344.

entendendo que com a pena se objetiva o controle social e que o controle social só é admissível em termos penais, no seio de um Estado social democrático de Direito sob o princípio da intervenção mínima, convém lembrar-se de que a intervenção mínima significa acudir com a pena aos ataques mais intoleráveis aos bens jurídicos indispensáveis para o desenvolvimento pessoal do indivíduo em sociedade.<sup>323</sup>

Comunga-se desse entendimento do autor, na forma de a pena ter por base o controle social do “intolerável”, utilizando-se da mínima intervenção penal para que se efetive esse controle.

### 2.1.1 Princípios penais: alguns apontamentos

Para uma perfeita atuação penal, existem determinados princípios a ele relacionados, os quais devem ser observados, tendo em vista constituírem a sua base, seu fundamento, e o caminho que deve ser seguido na sua aplicação e atuação por parte do Estado.

Pode-se entender por princípios algo que está na base de um direito, sendo sua fundação proposições fundamentais que devem nortear a atuação desse direito, isto é, a atuação nas normas positivadas, caracterizando e limitando o direito, sendo que, no caso do Direito Penal, pode-se chamar de normas penais diretivas, como aquelas que estabelecem princípios a serem seguidos.

Os princípios penais, hoje, encontram amparo constitucional, como observa Cirino dos Santos<sup>324</sup> ao dizer que

o Direito Penal das sociedades contemporâneas é regido por *princípios constitucionais* sobre crimes, penas e medidas de segurança, nos níveis de *criminalização primária* e de *criminalização secundária*, indispensáveis para garantir o indivíduo em face do poder punitivo do Estado.

Em sentido semelhante, Luisi<sup>325</sup> afirma:

as Constituições promulgadas nos últimos decênios se caracterizam

<sup>323</sup> Ibid., p. 345.

<sup>324</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed... Op. Cit., p. 19.

<sup>325</sup> LUISI, Luis. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 11.

pela presença no elenco de suas normas de instâncias de garantia de prerrogativas individuais, e concomitantemente de instâncias que traduzem imperativos de tutela de bens transindividuais ou coletivos. Ou seja: os princípios do *Rechtsstaats* e, ao mesmo tempo do *Sozialstaats*. Os primeiros configuram-se em preceitos asseguradores dos direitos humanos e da cidadania. Os segundos se fazem presentes na tutela dos valores sociais.

Tais princípios têm por fim a preservação das prerrogativas individuais contra o poder punitivo do Estado, mas também orientam o Direito Penal na proteção de bens indispensáveis aos fins sociais pretendidos:

vem surgindo um novo Direito Penal. Ou seja: um novo direito criminal onde os princípios inarredáveis da herança iluminista se mesclam em convívio, as vezes tenso, mas plenamente possível, com as exigências de proteção dos valores transindividuais e os imperativos de justiça material.<sup>326</sup>

Os princípios penais constitucionais, em sua grande maioria, são do tipo citado por Luisi<sup>327</sup> do *Rechtsstaats*, ou seja, “configuram preceitos asseguradores dos direitos humanos e da cidadania” e encontram-se previstos de forma explícita ou implícita nos textos normativos.

O princípio da legalidade pode ser considerado o mais importante dos princípios penais constitucionais, como forma de limitação do poder estatal e de garantia individual: “constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo”<sup>328</sup>. Conforme esse princípio, os tipos penais somente podem ser criados por lei, a qual deve ser anterior à sua prática e deve prever a respectiva sanção, a fim de permitir que todos conheçam antecipadamente as condutas incriminadas pelo Estado. Citadas leis devem ser claras e bem elaboradas, não deixando dúvidas na sua aplicação.

A respeito desse princípio, Batista<sup>329</sup> assevera que

o princípio da legalidade, base estrutural do próprio estado de direito, é também a pedra angular de todo o Direito Penal que aspire segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da “previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado”, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do “sentimento de segurança jurídica” que postula Zaffaroni. Além de assegurar a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das penas, o

<sup>326</sup> Ibid., p. 12.

<sup>327</sup> Ibid., p. 11.

<sup>328</sup> BATISTA, Nilo... Op. Cit., p. 65.

<sup>329</sup> Ibid., p. 67.

princípio garante que o cidadão não será submetido a coerção penal distinta daquela predisposta na lei.

Alguns doutrinadores desdobram o princípio da legalidade em três postulados, entre eles Batista<sup>330</sup>:

a) da reserva legal: não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal. Somente a lei, anterior ao fato, pode estabelecer que este constitui delito, e a pena a ele aplicável. Dele decorre que, em se tratando de normas penais incriminadoras, o direito costumeiro e a analogia não podem ser fontes do Direito Penal, a não ser que esses institutos sejam utilizados *in bonam partem*. Citado postulado também se aplica à pena e sua execução. Fazendo uma distinção sobre a reserva legal, Luisi<sup>331</sup> escreve que

alguns setores da dogmática jurídica falam em Reserva Absoluta e Reserva Relativa. Pela Reserva Relativa, segundo ensina F. Mantovani, – o legislador fixa as linhas fundamentais, delegando o seu detalhamento à administração. Pela Reserva Absoluta, – segundo o Mestre Florença – só a lei pode disciplinar a matéria criminal, excluindo-se qualquer outro tipo de disciplina normativa, mesmo no concernente aos aspectos secundários ou marginais.

b) da determinação taxativa: as leis penais, principalmente as incriminadoras, devem ser o mais claras, certas e precisas possível, evitando-se contradições ou margens não definidas de atuação estatal, expressões que podem ter mais de um sentido ou que sejam vagas. O que se deve procurar é evitar a arbitrariedade na aplicação da lei, isto é, sua aplicação de formas diferenciadas. Esse postulado volta-se de forma específica ao legislador;

c) da irretroatividade: expressa a atualidade da lei, impondo que ela, como princípio, só se aplica aos fatos ocorridos após o início de sua vigência, não sendo aplicada a fatos anteriores. Como forma de exceção, tem-se a aplicação retroativa da lei penal quando for para beneficiar o infrator e, no caso brasileiro, essa previsão encontra-se na Constituição e no Código Penal, onde se verifica que a retroatividade benéfica atinge fatos ainda que já decididos por sentenças definitivas.

Sem dúvida, a principal função do princípio da legalidade é a função constitutiva, por meio da qual se estabelece a possibilidade jurídico-penal, com a criação do crime (pela associação de uma pena qualquer a um ilícito qualquer). Nem

---

<sup>330</sup> Ibid.

<sup>331</sup> LUISI, Luis... Op. Cit., p. 22.



sempre se percebe que o princípio da legalidade não apenas exclui as penas ilegais (função de garantia), porém ao mesmo tempo constitui a pena legal (função constitutiva).

Sobre o princípio da legalidade, importa ressaltar a sua dimensão política citada por Busato<sup>332</sup>, de acordo com a qual, a atuação do Poder Legislativo, como digno representante da vontade social, de forma a prevalecer sobre os demais poderes, decorre “da origem da sociedade civil e do estado, da legitimação de poder e de seu exercício, ou seja, na doutrina do contrato social, da soberania popular e da divisão de poderes”. Escreve ainda esse autor que,

costuma-se distinguir algumas *classes* de reservas, como a *reserva absoluta* da lei, que implica a competência absoluta do Legislativo na produção de leis, a qual impede a remissão a outras fontes; *reserva relativa* da lei que permite ao Poder Legislativo, mediante um ato de delegação voluntária outorgar competência legislativa, principalmente ao Executivo, sobre determinadas matérias previamente estabelecidas; *reserva geral* da lei, que contempla a regulação de determinados âmbitos gerais, frente à *reserva especial* da lei que se limita a regular alguns aspectos concretos daqueles âmbitos; finalmente, se distingue a *reserva substancial* da lei, quando esta é estabelecida por comando da Constituição; frente a da lei que implica a regulação por parte do Legislativo de toda uma matéria sem permitir que outras instâncias inferiores completem sua redação. Afirma-se, em consequência, que o princípio de legalidade em matéria penal se identifica com uma “reserva absoluta”, uma “reserva geral” e “reserva substancial”<sup>333</sup>.

A analogia encontra estreita ligação com o princípio da legalidade, com o postulado da reserva legal, no sentido de não se permitir a punição de alguém pela prática de fato semelhante ao previsto legalmente, observando-se que citado instituto constitui forma de interpretação prevista na própria lei, estando nesta contida a intenção de abranger os casos semelhantes aos previstos nos diplomas legais, encontrando previsão legal na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 4º, o qual dispõe que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito<sup>334</sup>.

<sup>332</sup> BUSATO, Paulo César. **Fundamentos de Direito Penal brasileiro...** Op. Cit., p. 241.

<sup>333</sup> Ibid., p. 242.

<sup>334</sup> BRASIL. **Decreto-lei n. 4.657 de 04 de setembro de 1942**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 21 set. 2012.

Ao tratar da analogia, Frederico Marques<sup>335</sup> afirma que

[...] a analogia não é propriamente fonte secundária do Direito, mas forma de auto-integração [sic] da lei para cobrir lacunas existentes, e segue ele, o processo analógico não cria direito novo, mas descobre o já existente e integra a norma estabelecida, o princípio fundamental, comum ao caso previsto pelo legislador e ao outro, patenteadado pela vida social.

Destaque também merecem as palavras de Zaffaroni e Pierangeli<sup>336</sup>:

[...] se por analogia, em Direito Penal, entende-se completar o texto legal de maneira a estendê-lo para proibir o que a lei não proíbe, considerando antijurídico o que a lei justifica, ou reprovável o que ela não reprovava ou, em geral, punível o que não é por ela penalizado, baseando a conclusão em que proíbe, não justifica ou reprovava condutas similares, este procedimento de interpretação é absolutamente vedado no campo da elaboração científico-jurídica do Direito Penal.

Assim, existe consenso quanto à impossibilidade de se aplicar a analogia para criar figura delitiva ou sanção penal não previstas legalmente de modo expresso, mesmo porque, face às garantias constitucionais, previstas no artigo 5º, do Texto Maior, não é permitido tal tipo de integração da norma.

Existem alguns princípios que possuem uma relação direta com a sanção penal, decorrentes do princípio da culpabilidade, sendo eles o princípio da responsabilidade pessoal ou da pessoalidade, o da individualização da pena e o da proporcionalidade, que podem ser sintetizados da seguinte forma: a pena limita-se ao delinquente, devendo atingir apenas a ele, e não deve ser padronizada, sendo aplicada de acordo com cada caso, de forma individualizada, na medida exata da punibilidade de cada um e harmônica com o que se fez, evitando-se exageros. Em relação ao princípio da proporcionalidade, “proíbe-se penas *excessivas* ou *desproporcionais* em face do desvalor de ação ou do desvalor de resultado do fato punível, lesivas da função de *retribuição equivalente* do crime atribuída às penas criminais nas sociedades capitalistas”<sup>337</sup>. Sobre a proporcionalidade, assinalou Luisi<sup>338</sup>: “a graduação da sanção penal se faz tendo como parâmetro a relevância do

<sup>335</sup> FREDERICO MARQUES, José. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1, p. 224.

<sup>336</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 173.

<sup>337</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed... Op. Cit., p. 27.

<sup>338</sup> LUISI, Luis... Op. Cit., p. 56.

bem jurídico tutelado e a gravidade da ofensa contra ele dirigida e deve ser fixada, pois, tanto na espécie e no quantitativo que lhe sejam proporcionais”.

O princípio da culpabilidade dispõe que, para alguém sofrer uma sanção penal, é necessário que seja ele imputável, isto é, tenha capacidade de entender e de se determinar de acordo com seu entendimento, apresentando o que Cirino dos Santos<sup>339</sup> chama de juízo de reprovação, conheça o caráter ilícito do que fazem e possam ter um comportamento em conformidade com o direito. Citado princípio possui também o aspecto de impedir que alguém seja considerado culpado sem o devido processo legal e com uma sentença em tal sentido, determinando que aquele que preencha os requisitos da culpabilidade tenha praticado um fato típico e antijurídico.

Para o princípio da humanidade, a dignidade humana é a base de um Estado Democrático de Direito, e consiste no reconhecimento do condenado como pessoa humana, proibindo penas de morte, cruéis, de trabalho forçado, de banimento, qualquer tipo de pena que constitua uma forma de degradar o ser humano. Citado princípio “intervém na cominação, na aplicação e na execução da pena, e neste último terreno tem hoje, face à posição dominante da pena privativa de liberdade, um campo de intervenção especialmente importante”<sup>340</sup>. Para Luisi<sup>341</sup>, “todas as relações humanas disciplinadas pelo Direito Penal devem estar presididas pelo princípio da humanidade”.

Ao princípio da humanidade se relaciona o princípio da proporcionalidade, exigindo uma forma de equivalência entre a conduta do agente e a punição consequente, não podendo trazer sofrimento de forma a não tratar o criminoso como homem.

Já o princípio da lesividade, relacionado ao princípio da intervenção mínima, tem o bem jurídico como seu fundamento, não se podendo incriminar uma conduta que não atinja um bem dessa natureza. Como ensina Roxin<sup>342</sup>:

[...] só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imortal; [...] o Direito Penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, e além desse limite nem está

<sup>339</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed... Op. Cit.

<sup>340</sup> BATISTA, Nilo... Op. Cit., p. 100.

<sup>341</sup> LUISI, Luis... Op. Cit., p. 51.

<sup>342</sup> ROXIN, Claus. **Iniciación al derecho penal de hoy**. Tradução F. Muñoz Conde e D.M. Luzón-Peña. Sevilha: Universidad de Sevilha, 1981, p. 25-28 *apud* BATISTA, Nilo... Op. Cit., p. 91.

legitimado nem é adequado para a educação moral dos cidadãos.

Com isso temos limites à atuação criminal, ao não se permitir a punição de atos interiores, como o pensamento; de atos relacionados ao próprio agente, a exemplo da autolesão; de estados ou condições pessoais relacionados a preferência de sexo, religião ou raça; dentre outros.

O princípio da intervenção mínima será objeto de análise juntamente com o Direito Penal mínimo, por estar a ele ligado umbilicalmente, em tópico específico.

Diante dos princípios escolhidos como principais do Direito Penal, o que se constata é que qualquer sistema de Direito Penal, sua atuação e aplicação, ou de política criminal adotado, deve sempre ter por fundamento tais princípios, de forma a não ultrapassar seus limites.

## 2.1.2 Teorias sobre o sistema penal e o controle social

Conforme se procurou demonstrar no presente estudo, existe uma ambiguidade entre direitos fundamentais e Direito Penal, tendo em vista que a proteção do primeiro ocorre por meio da atuação da pena, a qual atinge bens fundamentais. Diante dessa constatação, encontram-se os mais diversos sistemas de Direito Penal, alguns prevendo uma maior interferência estatal e outros procurando limitar tal interferência.

Surge então a discussão doutrinária e científica sobre a forma como devem atuar tais sistemas ao fazer uso do Direito Penal. Zaffaroni e Pierangeli<sup>343</sup> então destacam a existência de três soluções apresentadas, as quais eles somam uma quarta posição escolhida como sendo deles:

a primeira postula um quietismo jurídico e uma atividade política aniquilante do sistema, em busca de uma sociedade organizada de forma diferente a tudo o que se conhece até o momento, isto é, sobre uma estrutura não marginalizante. Denota em grande parte uma aspiração utópica própria do século passado e muito especialmente do romantismo penal. Tem o grave inconveniente de sacrificar as relativas liberdades e direitos presentes em busca de uma liberdade absoluta colocada no futuro, o que de alguma maneira imita o

---

<sup>343</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 4. ed... Op. Cit., p. 82-83.

desgastado argumento do bem absoluto na “outra vida”, como prêmio ao sofrimento e miséria presentes. A segunda posição extrema arrasa os direitos humanos e desemboca no genocídio. A terceira, leva a um cômodo expediente de “não compromisso” com a situação, muito frequentemente usado em nossa América Latina para sobreviver às mudanças políticas e encobridor do compromisso com o *status quo*.

A quarta alternativa é a que defendemos e nos leva a reconhecer a necessidade de uma crítica permanente em confrontação com a realidade e a capacidade do Direito Penal para realizar direitos humanos. As soluções interpretativas concretas não podem ficar fora do contexto total do sistema e devem buscar fazer do saber penal um instrumento de integração e não de marginalização. Faz do saber penal um saber comprometido com os direitos humanos e, portanto, um saber não asséptico, mas ideologicamente vinculado ao aumento de espaço social de todos os participantes da sociedade.

Mais modernamente, podemos falar em teorias mais restritivas e menos restritivas de direitos, a exemplo do biopoder, do Direito Penal do inimigo e do Direito Penal mínimo. O sistema de Direito Penal deve sempre buscar o aperfeiçoamento, tendo em vista a garantia, nos graves conflitos sociais, dos direitos de cada um, e a melhor forma que envolve a proteção de bens jurídicos.

Os sistemas de atuação penal estão umbilicalmente ligados à ideia de racionalidade e seus limites, o que pode ser objeto de uma falta de condições dos representantes do Estado em solucionar os mais diversos conflitos de interesse, ou até do próprio interesse em apresentar as soluções que mais lhe interessam ideologicamente, além de contarem muitas vezes com uma retaguarda popular, com o medo irracional e difundido, tendo em vista o desconhecimento das reais razões que se encontram por trás da atuação estatal e até pela falta de competência do Estado na solução dos citados conflitos e no oferecimento de uma certa segurança pública.

Devemos sempre lembrar que o Direito Penal é apenas parte do controle social, não se podendo debruçar sobre ele ideias utópicas de atuação nesse controle.

O modelo de sistema penal deve ter em vista a garantia das condições indispensáveis à vida humana, mas ao mesmo tempo deve ter em consideração o fato de que, na proteção de bens jurídicos, atua por meio da sanção penal e suas consequências, bem como do fato de que o Direito está pautado em um modelo de Estado Democrático. Em tal sentido deve a política criminal orientar a forma de

atuação penal, definindo-a Bechara<sup>344</sup> como “o conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”.

O que se deve buscar é a tutela de direitos humanos e, conforme já tratado, a questão é de como e em nome de que ideais isso será feito. Os interesses de caráter coletivo de toda a sociedade merecem proteção, ao mesmo tempo que isso deve ocorrer em relação aos direitos individuais.

De acordo com a forma com que cada Estado atua e a carência das políticas públicas que apresentam, eles se demostram incapazes de representar uma forma de segurança ao cidadão, podendo levar à ideia de uma necessária alteração de sua atuação amparada por uma política criminal de inflação da legislação penal como forma de solução aos conflitos sociais diversos:

verifica-se, então, que a crise do Direito Penal no âmbito da complexidade da sociedade contemporânea diz respeito, antes de mais nada, à sua capacidade regulativa. A multiplicidade das funções exigidas ao Estado, a inflação legislativa, a pluralidade das fontes normativas, sua subordinação a imperativos sistêmicos de natureza econômica, tecnológica ou política, e, de outro lado, a ineficácia dos controles e as amplas margens de irresponsabilidade dos poderes públicos geram uma crescente incoerência e perda de confiança na razão jurídica. Disso resulta a debilitação da função normativa do Direito Penal e, em particular, a quebra de suas funções de limites e vínculo para a política e, portanto, de garantia dos direitos fundamentais.

Surge, nesse contexto, a expressão Direito Penal moderno, utilizada com significações diversas. Winfried Hassemer emprega-a em contraposição à concepção de um Direito Penal liberal, referindo-se de forma crítica ao fenômeno de expansão da intervenção penal que leva a uma perversão do conceito de bem jurídico, agora convertido em critério positivo de justificação. Nessa acepção, a intervenção jurídico-penal ganharia contornos de instrumento de pedagogia social, com o fim de sensibilizar a sociedade sobre determinados temas, por meio da antecipação da tutela e da absolutização da orientação às consequências.<sup>345</sup>

Some-se a essa concepção moderna de Direito Penal, a evolução do homem, ligada diretamente aos avanços tecnológicos de uma sociedade pós-industrial, global, chegando-se ao que se chama de aumentos dos riscos da vida em sociedade, não mais restrito a determinados bens já conhecidos e nem a determinados locais, e da gestão de tais riscos sob a batuta de um Direito Penal

---

<sup>344</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Direitos humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional no estado democrático de direito. In: MENDES, Gilmar; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Coord.). **Direito Penal contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 158.

<sup>345</sup> Ibid., p. 163.

modernizado. A prevenção dos riscos é a forma de garantir a liberdade do indivíduo, para esse posicionamento autoritário. A respeito dos citados riscos, escreveu Bottini<sup>346</sup>:

em síntese, o paradoxo do risco afeta diretamente a produção da legislação penal. A necessidade de conter simbolicamente a insegurança perante novos e inusitados riscos determina a expansão do Direito Penal, caracterizada pela utilização crescente da técnica de indeterminação da descrição do comportamento delituoso – normas em branco ou tipos indeterminados –, sempre pautada pela cautela em evitar que este rigor afete os responsáveis pela organização econômica e os elementos necessários para o funcionamento do modelo do risco.

Em tal citação destacam-se outros problemas do modelo do risco, ou seja, a elaboração de uma legislação excessiva, feitas às pressas e em busca de uma resposta à sociedade e aos interesses do Estado, de forma a se ter uma produção imprecisa, seletiva, lacunosa, com proliferação de crimes de perigo abstrato, a exigir uma maior atuação do poder judiciário, mas esse é um assunto que foge aos objetivos da presente pesquisa.

Hassemer<sup>347</sup> observa que

O Direito Penal moderno, preventivo, evolui para um Direito defensável contra perigos. Esta tendência é estável, responde a uma desorientação normativa, ao temor aos delitos e a necessidades de controle de uma sociedade de risco. Agora se trata de levar a sério esta tendência e refletir sobre um Direito Penal de segurança conforme um Estado de Direito. Esse Direito deve preservar as tradições fundamentais do Direito Penal: a referencia à pessoa, a proporção da resposta ao ilícito e a culpabilidade, os fins de proteção e cuidado. Somente dentro desse marco pode haver segurança por meio do Direito Penal. (tradução nossa).

Fica claro o posicionamento deste autor no sentido de um Direito Penal protetor de direitos fundamentais a exemplo da igualdade, ainda que para isso seja

<sup>346</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e da política criminal contemporânea. In: MENDES, Gilmar; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Coord.). **Direito Penal contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119.

<sup>347</sup> HASSEMER, Winfried. Seguridad por intermedio del derecho penal. In: MAIER, Julio B. J. Maier; CÓRDOBA, Gabriela E (Org.). **¿Tiene un futuro el derecho penal?** 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 52. No original: “El Derecho penal moderno, preventivo, evoluciona hacia um Derecho de defensa contra peligros. Esta tendencia es estable, responde a una desorientación normativa, al temor al delito y a necesidades de control de una sociedad de riesgo. Ahora se trata de tomar en serio esa tendencia y reflexionar sobre un Derecho penal de seguridad conforme a un Estado de Derecho. Ese Derecho debe preservar las tradiciones fundamentales del Derecho penal: la referencia a la persona, la proporción de la respuesta al ilícito y ala culpabilidad, los fines de protección y cuidado. Sólo dentro de ese marco puede haber seguridad por intermedio del Derecho penal”.

necessário que outros direitos sejam limitados, mesmo que por lei específica, leia-se, uma lei contra o preconceito e discriminação racial.

Ainda sobre o modelo do risco,

vivemos um momento em que o Direito Penal deparou-se com uma encruzilhada. A dimensão política e a contundência, que são suas características, levaram-no a converter-se em um instrumento de permanente utilização por parte dos detentores do poder, como forma de, a um só tempo, responder a uma induzida sensação de insegurança social e demarcar claramente os espaços sociais correspondentes a distintas classes de pessoas. Tudo em obediência a interesses de discursos que transformaram a ideia de risco em ponto de referencia para a organização política-criminal, gerando o que se convencionou chamar de Direito Penal do inimigo ou Direito Penal do terror. Quiçá a própria banalização da violência em tempos modernos tenha contribuído para abertura deste espaço ou, por outro lado, também pode ser que o emprego institucionalizado de um instrumento de controle mais violento tenha estimulado a prática de mais violência.<sup>348</sup>

Surge então a discussão do fato do Direito Penal fundado na proteção subsidiária de bens jurídicos, ser suficiente para garantir as futuras gerações, ou se existe a necessidade de uma mudança do seu paradigma.

Sob tal ótica de sistema de Direito Penal se tem o Direito Penal do inimigo defendido por Jakobs, ou a questão do poder disciplinar e do biopoder de Foucault, como exemplos de sua forma mais invasiva de controle social.

De outro lado, encontra-se o sistema penal baseado em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, e na função penal de proteção de bens jurídicos no limite imposto pelos direitos fundamentais e na função violenta e invasiva da sanção penal, defendendo uma intervenção penal mínima nos moldes da escola reducionista de Frankfurt, ou até a teoria do abolicionismo do Direito Penal, não se justificando nos riscos a flexibilização de direitos fundamentais:

o problema vincula-se à possibilidade de utilizar o Direito Penal apenas com a finalidade de impedir comportamentos socialmente lesivos a valores sociais fundamentais, excluindo-se da intervenção estatal condutas de transcendência meramente ética ou moral.<sup>349</sup>

E prossegue discorrendo Bechara<sup>350</sup>:

<sup>348</sup> BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo...** Op. Cit., p. 129.

<sup>349</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore S... Op. Cit., p. 171.

<sup>350</sup> Ibid., p. 186.



a discussão em torno dos direitos humanos como limite racional à intervenção penal, a partir da constatação da expansão do Direito Penal em resposta à crescente sensação social de insegurança, parece remeter ao questionamento sobre a capacidade desse incremento da proteção da sociedade ante os novos riscos de limitar ou, ao contrário, de aumentar a liberdade dos indivíduos que a conformam. Em outras palavras, indaga-se se segurança e liberdade individuais constituem interesses em conflito ou, ao contrário, a síntese no âmbito de uma concepção de liberdade que tem na segurança um de seus pressupostos.

Como postura conservadora,

o que afirmam é que não pode, nem deve, pedir-se ao Direito Penal que se arvore em instrumento de tutela perante aqueles riscos, sob pena de nada se ganhar em uma mais efectiva [sic] proteção pessoal e social e de muito (ou tudo...) se perder na prossecução de uma defesa efectiva [sic] e consistente dos direitos, liberdades e garantias das pessoas que constitui o patrimônio ideológico inalienável do Iluminismo Penal. Para aquela proteção deve intervir, não o Direito Penal – sendo por isso de recusar *in limine* a pretensão de construir um “Direito Penal do risco” -, mas outros ramos de direito, nomeadamente o direito administrativo, e porventura sobretudo outros meios de controlo social não jurídicos.<sup>351</sup>

Sobre essa tomada de posição diante dos novos riscos, para estes a solução seria uma forma de direito administrativo sancionatório.

Em postura extrema

se colocam todos aqueles que preconizam a aceitação e o desenvolvimento de um Direito Penal absolutamente funcionalizado às exigências postas por uma tutela, que assim se espera efectiva [sic], dos mega-riscos que ameaçam a subsistência da humanidade. Dispõe-se neste contexto já de uma diversidade de propostas e de ensaios de caminhos de solução que, todavia, parece poderem reconduzir-se às direcções [sic] que já atrás ficaram referidas: alteração do modo próprio de produção legislativa em matéria penal, retirando cada vez mais aos Parlamentos a reserva de competência que em tal matéria normalmente lhes assiste, para atribuir aos Executivos; antecipação da tutela penal para estádios prévios (e inclusivamente ainda mais distanciados) da eventual lesão de um interesse socialmente significativo, até ao ponto em que se perde, ao menos para a generalidade dos destinatários das normas, toda a ligação entre a conduta individual e o bem jurídico que em definitivo se intenta proteger; alterações dogmáticas básicas, no sentido do “enfraquecimento” ou “atenuação” de princípios como os que classicamente presidem à individualização da responsabilidade, à imputação objectiva, à culpa, à autoria; consequente extensão, em suma, do âmbito da tutela penal em assumida contradição com o

<sup>351</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal...** Op. Cit., p. 165.

princípio político-criminal da intervenção mínima moderada.<sup>352</sup>

Tal modelo colocaria o Direito Penal ampliado, em possível atrito com a dignidade humana, governando toda a sociedade, nas mãos de poucos e por eles direcionado.

Dias<sup>353</sup> não concorda com nenhum dos modelos, entendendo pela não-necessidade de um novo modelo de Direito Penal, bastando se recordar que o conceito de bem jurídico não é definitivo, e que pode abranger a proteção de bens comunitários, seja de ações individuais ou não, afirmando que deve o Direito Penal

resguardar-se de tentativas de instrumentalização como forma de governo, de propulsão e promoção de finalidades da política estadual, ou de tutela de ordenamentos morais – porque aí mesmo abica o movimento de secularização que se apresenta como um dos factores mais importantes de superação da razão instrumental. A dogmática penal deve evoluir, fornecendo ao aplicador critérios e instrumentos que não podem ser decerto os do século XXI; mas sem por isso ceder à tentação de “dogmáticas alternativas” que podem, a todo momento, volver-se em “alternativas à dogmática” incompatíveis com a regra do Estado de direito e, como tal, democraticamente ilegítimas.

Ressalva ainda citado autor que

[...] os caminhos do Direito Penal passam antes pela superação daquela razão técnica instrumental e, assim, pela redescoberta do axioma onto-antropológico [sic] que preside a função penal, produtor de uma imagem do Homem com ser-com e ser-para os outros.<sup>354</sup>

Tem-se, então, portanto, duas principais linhas de política criminal orientadas pelos citados sistemas de Direito Penal, as quais encontram-se em pólos extremos de atuação, sendo esses sistemas objeto de análise a seguir. Importante nesse momento destacar o entendimento de Dias<sup>355</sup>, o qual fala de um modelo intermediário de sistema, unindo a forma de proteção subsidiária de bens jurídicos a uma forma voltada aos novos riscos, com flexibilidade da forma de atuação citada nos moldes de uma intervenção antecipada, redução das garantias, dentre outras especificações.

O enfrentamento das duas linhas opostas de sistemas de Direito Penal,

<sup>352</sup> Ibid., p. 167-168.

<sup>353</sup> Ibid., p. 185

<sup>354</sup> Ibid., p. 184-185.

<sup>355</sup> Ibid.

como se fará a seguir, é importante a fim de se determinar se, no caso de discriminação e preconceito racial, tendo por objeto a Internet, deve esse ramo do direito intervir, bem como em que medida isso deve ocorrer, considerando-se que um direito fundamental, a igualdade, está sendo violado pelo abuso no exercício de outro direito fundamental, a liberdade de expressão.

## 2.2 A SOCIEDADE DE CONTROLE COMO RESTRIÇÃO A DIREITOS DO CIDADÃO: EVOLUÇÃO SOB UMA VISÃO DA CRIMINOLOGIA

Do que se discorreu até o momento, restou verificado que o Direito Penal é uma importante forma de controle social, uma forma efetiva de tutela de bens jurídicos, a qual atinge de forma direta o ser humano, devendo este receber uma especial atenção, pois o Estado se volta contra ele e em seu favor, daí a importância de uma análise, ainda que breve, sobre a criminologia e a política criminal que indicará as formas de controle da criminalidade, seja de forma mais ou menos invasiva.

Para Baratta<sup>356</sup>,

impõe-se, assim, a necessária distinção programática entre *política penal* e *política criminal*, entendendo-se a primeira como uma resposta à questão criminal circunscrita ao âmbito do exercício da função punitiva do Estado (lei penal e sua aplicação, execução da pena e das medidas de segurança), e entendendo-se a segunda, em sentido amplo, como política de transformação social e institucional.

Os anos 1970 foram palco de diversas mudanças na filosofia e ideais penais com a derrocada do previdencialismo penal, mudanças estas que perduram ainda atualmente e atingem os mais diversos campos, desde práticas prisionais até as manifestações acadêmicas sobre o crime. Em tal período, o correccionalismo e sua forma individualizada de cumprimento de pena foram duramente criticados, com uma remodelação das políticas e práticas penais e com um discurso a favor dos

---

<sup>356</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologica crítica e crítica do Direito Penal**. 3. ed. Tradução Juaareza Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan (Instituto Cartioca de Criminologia), 2002, p. 201.

presos e seus direitos, o que, no entanto, resultou em uma realidade oposta<sup>357</sup>.

Citada queda do correccionalismo também tomou de surpresa os sociólogos e criminólogos, pois acreditava-se que não se tratava de um modelo passageiro, mas sim um elemento necessário ao Estado moderno. No entanto, isso ocorreu e o modelo que era proposto para seu lugar veio se mostrar reacionário e perigoso, mesmo para aqueles que proporcionaram tal mudança. Tal reviravolta foi marcante nos EUA, onde o correccionalismo era aplicado em sua intensidade.<sup>358</sup>

No início dos anos 1970, grande era a quantidade de publicações que criticava o correccionalismo e sua forma de tratamento individualizado do preso, dentre elas um relatório do Partido Trabalhista denominado *Struggle for Justice*, o qual afirmava que tal forma de tratamento individualizado era ineficaz, discriminatório e incompatível com os mais básicos conceitos de justiça, conclamando-se justiça social, econômica e racial, recebendo apoio do movimento pelos direitos dos presos<sup>359</sup>.

A principal crítica desse relatório era o encarceramento e seu uso discriminatório, que legitimava os mais diversos abusos, sob a alegação de ser paternalista e benigno, mas na verdade seria hipócrita na fé de que a pena poderia ter resultados úteis sob a forma de “tratamento”<sup>360</sup>, em um ambiente punitivo, principalmente considerando-se que o poder punitivo atuava de acordo com as necessidades de controle ou de acordo com o que era melhor, politicamente, para as classes mais fortes economicamente.

No entanto, citado relatório não apresentava um plano de mudanças legais. Era lacunoso e genérico e pregava apenas mudança social e econômica com o fortalecimento de grupos mais fracos e oprimidos, com a descriminalização e o uso de formas não estatais de lidar com questões sociais.

O crime continuava a ser visto como resultado de privações sociais e econômicas, devendo o Estado promover as reformas necessárias para a devida correção sem valer-se da pena, fortalecendo os pobres e as minorias frágeis, desconfiando-se do poder estatal.

Tinha-se em vista um combate às formas de governos totalitários,

---

<sup>357</sup> GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

<sup>358</sup> Ibid.

<sup>359</sup> Ibid.

<sup>360</sup> Ibid.

burocráticos, que visavam a oprimir a individualidade, preocupando-se com a liberdade de expressão e com a dignidade pessoal, fortalecendo a integridade e a autonomia individual.

Outras ideias foram surgindo, com uma tendência para a filosofia retribucionista, diante da realidade de que o modelo do correccionalismo estava superado. Falava-se em pena justa, proporcional, tendo em vista os perigos de se basear na criminalidade futura ou na personalidade do preso, a exemplo do *Doing Justice*.<sup>361</sup>

Pouco a pouco várias foram as conquistas de aprovações de leis sobre sentenciamento determinado, as quais acabaram adotadas por todos os Estados americanos, promovendo uma grande mudança nas políticas e práticas sobre as penas, vindo inclusive outros países a seguirem o mesmo caminho – racionalidade da pena justa. Outro reflexo foi o abandono de tratamentos reabilitadores, enfatizando-se o modelo de controle e vigilância denominado “correccional justo”<sup>362</sup>.

Com o século XX por terminar, passou-se a adotar penas mínimas obrigatórias, o que ia contra a pena justa, de forma que se abriu um caminho que estava sendo trilhado por políticas mais severas, intimidação, prisões longas, prisões cautelares, formas totalmente diversas do que procuravam os reformistas e liberais originais<sup>363</sup>.

O ataque promovido ao correccionalismo e sua queda levou a um descrédito total com relação às instituições de controle do crime, a uma desmoralização que perdurou no final da década de 1970 e ao longo da de 1980, naquilo que foi chamado de “o paradigma do fracasso”, fortemente influenciado pelo aumento do percentual da prática de ilícitos penais, o que trazia a ideia de instituições ineficientes. A consequência foi a percepção de que o sistema existente e então idealizado, não funcionava na forma de individual (terapia) ou de programas sociais mais amplos.

A criminologia também veio a ser afetada nos seus fins de descobrir as causas do crime visando a reduzir suas práticas, sendo vista como sem resultado prático – sem conclusões confiáveis.

Tudo isso, somado ao aumento da criminalidade, demonstra a falta de

---

<sup>361</sup> Ibid.

<sup>362</sup> Ibid.

<sup>363</sup> Ibid.

capacidade estatal em lidar com o crime, e acaba por resultar em novas formas de criminologia e de controle criminal, tendo-se, inicialmente, um vácuo na política criminal, ressaltando-se que o correccionalismo e a reabilitação estavam em baixa.

Do que foi verificado, a força das críticas que combatiam o correccionalismo levou a sua queda.

Instaladas as críticas ao correccionalismo, a criminologia já apresentava novos enfoques que se coadunavam com tais críticas.

Importante observar que no fim dos anos 1960, a crítica acadêmica, com vistas às teorias rotulacionistas, etnometodológicas, marxistas, dentre outras, combatia a criminologia “positivista”, sendo o crime visto menos como uma patologia individual e mais como um rótulo, uma forma de pânico moral promovido pela mídia, uma vez que os criminosos passaram a ser ouvidos<sup>364</sup>. Verificou-se que o mesmo processo utilizado para algumas formas de tratamento construía os “desviantes”, pois o problema estava na forma de controle exagerada e não no desvio em si.

Essa nova criminologia radical tem uma importância cultural e histórica essencial, repercutindo em especial nos círculos acadêmicos, o que demonstrava ser o medo do crime pouco disseminado<sup>365</sup>. Reconhecia-se que o crime era algo normal, sendo o desvio endêmico algo que qualquer um faz, logo, de possível convivência, sem necessidade de exageros paternalistas, demonstrando que a atuação do Estado no controle, na repressão, era o real problema.

Os acadêmicos então promoveram um ataque sem qualquer receio à epistemologia institucional da corrente dominante da criminologia, o que resultou nos melhores trabalhos já produzidos sobre a pena e o crime, além de intelectuais que sobrevivem em seus pensamentos até hoje.

Contudo, essa reação alterou a história da política criminal, pois os radicais britânicos não aceitavam o fato de o Estado de bem-estar não conseguir cumprir com o que prometia: igualdade, liberdade, justiça social etc. Voltaram-se então contra o sistema do qual faziam parte, descartando o correccionalismo e se distanciando da realidade em seus ideais críticos. A criminologia radical, assim, se harmonizava com as críticas políticas da justiça criminal que surgiram nos EUA<sup>366</sup>.

Apesar de tudo, o resultado final foi diverso do então defendido, com o

---

<sup>364</sup> Ibid.

<sup>365</sup> Ibid.

<sup>366</sup> Ibid.

surgimento da neutralização do preso, punições excessivas etc, que, de alguma forma, aproveitaram-se do momento de queda do correccionalismo.

O novo campo do controle do crime e da justiça criminal foi moldado não pelos programas de reforma ou por idéias [sic] criminológicas, mas pelo caráter da sociedade do final do século XX, por seus problemas, sua cultura e suas tecnologias de poder. Meu argumento será o de que os novos arranjos institucionais foram originados como mecanismos de solução de problemas, criados a partir da experiência prática de agências governamentais e de seus integrantes, e não da ideologia dos programas de reforma. O reconfigurado campo do controle do crime e da justiça criminal é produto daquela história e das tentativas de vários autores, de se adaptarem às oportunidades e aos problemas que se colocaram.<sup>367</sup>

A chegada à pós-modernidade trouxe modificações das condições sociais e políticas nas quais se baseava o controle dos crimes, além de apresentar novos problemas de segurança, de limites de poder, de relações raciais, de classes. A classe dominante se apresentava como aquela que combateu o correccionalismo<sup>368</sup>.

Acredita Garland<sup>369</sup> que, sem tal soma de fatores, sem a crise do Estado de bem-estar, o que teria ocorrido seriam modificações do sistema que então estavam em vigor.

O modo de vida, de pensar, de agir, do final do século XX, além da nova realidade de crise do Estado de bem-estar, demonstrou problemas sociais que antes não existiam, com o aumento da diferença de estrutura social em que as classes mais baixas representavam grande custo ao Estado.

Tudo isso teve reflexo no tratamento dado ao crime e às políticas de controle e justiça criminal, exigindo adaptações práticas (pragmatismo e seleção política e cultural).

As mudanças que marcaram a sociedade na segunda metade do século XX foram de ordem social, econômica, cultural e política, com a reestruturação das famílias, o capitalismo e sua dinâmica, alterações na ecologia social das cidades, democratização da vida social e cultural e os avanços tecnológicos<sup>370</sup>. Tais mudanças na forma de se viver têm implicações no crime e no seu controle.

O capitalismo assumiu a forma de consumo, sustentado pelo poder de aquisição da população, sendo utilizados recursos de propaganda para estimular

<sup>367</sup> Ibid., p. 171.

<sup>368</sup> Ibid.

<sup>369</sup> Ibid.

<sup>370</sup> Ibid.

esse consumo (desejos não atendidos), surgindo novas formas de emprego, com o incremento das instituições de estudo, pois o conhecimento e a capacidade passaram a ser exigência do mercado.

Observa Baratta<sup>371</sup> que:

a esperança de socializar, através do trabalho setores de marginalização criminal, se choca com a lógica da acumulação capitalista, que tem necessidade de manter em pé setores marginais do sistema e mecanismos de renda e parasitismo. Em suma, é impossível enfrentar o problema da marginalização criminal sem incidir na estrutura da sociedade capitalista, que tem necessidade de desempregados, que tem necessidade, por motivos ideológicos e econômicos, de uma marginalização criminal.

E continua esse mesmo autor afirmando que

Enquanto a classe dominante está interessada na contenção do desvio em limites que não prejudiquem a funcionalidade do sistema econômico-social e os próprios interesses e, por consequência, na manutenção da própria hegemonia no processo seletivo de definição e perseguição da criminalidade, as classes subalternas, ao contrário, estão interessadas em uma luta radical contra os *comportamentos socialmente negativos*, isto é, na superação das condições próprias do sistema sócio-econômico capitalista, às quais a própria sociologia *liberal* não raramente tem reportado os fenômenos da “criminalidade”<sup>372</sup>.

Para Batista<sup>373</sup>,

O capital precisa cada vez mais da prisão, conjugada às estratégias de criminalização de condutas cotidianas (juizados especiais, penas alternativas, justiça terapêutica etc) e mais a transformação das favelas e periferias do mundo em “campos de concentração”.

EUA e Grã-Bretanha passaram a controlar o Estado de bem-estar, resolvendo os problemas sociais mais graves e garantindo a prosperidade da população, sendo a economia a alavanca dos direitos civis e sociais, bem como do correccionalismo e da reabilitação criminal<sup>374</sup>.

As décadas de 1970 e 1980, com a crise do petróleo, tiveram reflexo no capitalismo, na forma de recessão econômica. Com isso o desemprego ressurgiu, a

<sup>371</sup> BARATTA, Alessandro... Op. Cit., p. 190.

<sup>372</sup> Ibid., p. 197-198.

<sup>373</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 28.

<sup>374</sup> GARLAND, David... Op. Cit.



produção industrial caiu, tendo consequências sociais dramáticas, em especial com relação aos trabalhadores não qualificados, os quais foram dispensados em troca de mão-de-obra qualificada<sup>375</sup>.

Ocorreu uma necessidade de se buscar maior lucro com menor gasto, o que levou à queda dos salários. Isso levou ao aumento das diferenças sociais nos pólos das classes sociais, com uma crescente e permanente desigualdade social:

Isso teve o efeito de concentrar os mais pobres e as minorias em áreas distantes, carentes de serviços, o que veio a acarretar formas de segregação e de divisão social.

Com relação à criminalidade, que continuava a crescer, os governos se portavam de forma a subestimar o problema, sendo que o modelo penal-previdenciário e sua análise criminológica continuava a prevalecer. Até o início dos anos 1970, o que se buscava era um aperfeiçoamento do modelo existente, reabilitação, redução de controles opressivos e reconhecimento de direitos dos presos. Logo, buscava-se algo mais humano, com menos prisões, chegando até a surgirem propostas extremas como o abolicionismo e o não-intervencionismo.

No início dos anos 1970 vários eleitores começaram a repensar suas opiniões sobre o sistema em vigor.

A realidade social, o aumento da criminalidade, a questão familiar, bem como o aumento dos impostos, a inflação e a economia decrescente contribuíram para essa mudança de pensamento e interesses, até que, no final da década, o governo foi assumido pelos republicanos e conservadores com posições contra o previdenciarismo, a cultura permissiva e o consenso político. Essa Nova Direita acreditava que o desemprego e a prosperidade decorriam do mercado, o qual estava saudável, de forma que ocorreu uma retração do Estado, possibilitando que o mercado ficasse livre para agir, o que levou ao colapso industrial e ao desemprego em escala assustadora<sup>376</sup>.

Tais políticas da Nova Direita dominaram os anos 1980 e parte dos anos 1990, com o fundamentalismo do mercado, a competição, a desigualdade e a exposição a riscos, tendo em vista a privatização de serviços públicos e a redução dos benefícios previdenciários. A consequência foi um buraco maior entre os ricos

---

<sup>375</sup> Ibid.

<sup>376</sup> Ibid.

em um extremo e os pobres e mais frágeis em outro<sup>377</sup>.

Buscou-se uma sociedade mais controlada, com maior rigor. Nesse quadro os ricos cada vez mais gozavam de liberdade individual e individualismo, enquanto os pobres deveriam obedecer à maior disciplina em um novo conservadorismo. O aprofundamento das divisões sociais era bem claro e real.

Tinha-se o modelo de liberdade econômica e controle social direcionado em especial aos pobres e aos marginalizados. O que se via era uma política de classe social, em que o ambiente cultural tornou-se defensivo, em que alguns comportamentos não deveriam ser tolerados, surgindo novas e mais repressivas políticas criminais.

Os mais favorecidos passaram a aceitar cada vez menos a cultura dos demais, o que veio a se refletir no aumento da violência, dos problemas sociais nas áreas de carência econômica.

Diante desses fatos, o crime e demais comportamentos de “subclasse” passaram a servir como justificativa para todas as formas de políticas que puniam os pobres, sendo encarado como um problema de indisciplina, falta de autocontrole e de controle social, indicando a punição daqueles que a ele se entregavam como o melhor remédio<sup>378</sup>. O crime era visto como forma de escolha racional, de culturas desviadas, e a solução era cada vez mais controle, utilizando a segregação quando necessário, pois o criminoso era uma ameaça, vindo Garland<sup>379</sup> a entender que o termo que melhor se encaixa nesse panorama é o da “tolerância zero”, com um Estado centralizador e disciplinar.

Nas palavras de Baratta<sup>380</sup>,

o sistema das imunidades e da criminalização seletiva incide em medida correspondente sobre o estado das relações de poder entre as classes, de modo a oferecer um salvo-conduto mais ou menos amplo para as práticas ilegais dos grupos dominantes, no ataque aos interesses e aos direitos das classes subalternas, ou de nações mais fracas.

Como no final do século XX racionalidades não correccionalistas buscaram controlar o crime, novos mecanismos do controle do crime, um aperfeiçoamento da política criminal, diante da nova realidade cultural e política, ocorreram. No entanto,

---

<sup>377</sup> Ibid.

<sup>378</sup> Ibid.

<sup>379</sup> Ibid.

<sup>380</sup> BARATTA, Alessandro... Op. Cit., p. 198-199.

tratava-se de remendos ao que já existia, e não de uma reconstrução nova e planejada<sup>381</sup>.

Os anos 1980 e 1990 vivenciaram um período de constante reforma em busca do controle do crime, em grande número de novos programas que abrangiam desde novos regimes penitenciários, até novas formas de policiamento.

Cada vez mais se percebia que o Estado, sozinho, não conseguia controlar o crime, vindo a se considerar mais eficaz e real cuidar dos efeitos do crime, e não do próprio crime. O aumento das taxas de criminalidade e o reconhecimento dos limites do Estado no controle da criminalidade derrubaram o mito do Estado soberano, capaz de controlar tudo dentro de seu território, promovendo “a lei e a ordem”<sup>382</sup>. Isso não era mais sustentável.

Esse mito, na última década, não mais conseguia manter a ideia de política e prática no campo do controle do crime (apesar de ainda ser uma bandeira por muitos sustentada, pois se tratava de um mito forte e duradouro).

Com isso, o que se presenciou foram diversas tentativas esquizofrênicas de tentar superar os limites do Estado no combate à criminalidade, sendo que o que se tem são dois caminhos, segundo o Garland<sup>383</sup>: reafirmar-se o mito, ou abandonar-se a ação racional instrumental retraindo a uma atuação simbólica, preocupando-se em demonstrar a raiva e a indignação com relação ao crime.

Com o decorrer do tempo, as agências estatais mudaram de tática e passaram a aceitar suas falhas, indicando o limite de sua capacidade de controle do crime, em especial os delitos aleatórios e de ocasião. Por outro lado, as autoridades prisionais buscaram melhorar suas habilidades de custódia, aceitando não conseguirem de forma total a reabilitação.

Deixou-se de lado um resultado social, sendo o encarceramento e o livramento condicional vistos como formas de punição e neutralização. Os propósitos sociais foram esquecidos, atuando-se de forma defensiva. Tudo se baseava em critérios e diretrizes impostas pelo Estado, cabendo às agências o devido cumprimento, o que era acompanhado de perto, monitorado.

Substitui-se a promessa de segurança pela de atendimento rápido, com aplicação de punições eficientes e econômicas, ficando o controle do crime, que

---

<sup>381</sup> GARLAND, David... Op. Cit.

<sup>382</sup> Ibid.

<sup>383</sup> Ibid.

cabe ao Estado, cada vez mais longe dele em vários aspectos.

A nova política criminal do governo buscava enfrentar os efeitos do crime, dando atendimento à vítima, barateando os custos, procurando reduzir a insegurança, o que tem o efeito de piorar ainda mais o problema social do crime, pois este deixa de ser enfrentado.

Garland<sup>384</sup> chama a atenção para o fato de que

redistribuir a tarefa de controlar o crime, atribuir responsabilidades a outros, multiplicar o número de autoridades efetivas, formar alianças, arranjar as coisas de modo que as iniciativas de controlar o crime sigam os comportamentos criminógenos – estes são os novos objetivos institucionais radicais. O Estado de justiça criminal está, pelo menos nesta área, repartindo seu estilo soberano de governar, através de ordens verticais, e desenvolvendo uma forma de comandar próxima daquela descrita por Michel Foucault como “governabilidade” – uma modalidade que envolve a participação de outros incentivos e a criação de novas maneiras de cooperação.

Garland<sup>385</sup> observa o surgimento do que denominou de “criminologia da vida cotidiana”, a qual se manifesta não apenas na forma de transferir responsabilidades, mas também em novas formas de políticas de intimidação, voltada para o aspecto prático:

as novas criminologias da vida cotidiana são um conjunto de enquadramentos teóricos cognitivos, que incluem a teoria da atividade de rotina, o crime de oportunidade, a análise do estilo de vida, a prevenção do crime situacional e algumas versões da teoria da escolha radical.

O crime é visto como algo normal, decorrente de comportamentos da vida econômica e social da atual sociedade, não se exigindo uma predisposição ou anormalidade psicológica.

Os riscos devem ser calculados de forma agregada dos crimes, sendo um novo entendimento do crime e de como agir com medidas preventivas. O crime passa a ser visto sob uma ótica institucional, em uma perspectiva social e econômica, não tendo relação com aplicação da lei.

Esta forma de criminologia traz de volta mecanismos já conhecidos e utilizados, como o uso de penas duras como forma de conter a ação criminosa, uma vez que o criminoso é visto como calculista, uma pessoa que atua de acordo com

---

<sup>384</sup> Ibid., p. 270-271.

<sup>385</sup> Ibid., p. 274.

sua escolha pessoal.

A questão econômica está à tona desta criminologia, sendo que as causas primárias, problemas sociais e necessidades individuais é que levam à atuação e à resposta ao crime.

Observa Garland<sup>386</sup> que as respostas de adaptação são de alto nível de racionalidade e criatividade administrativa.

Em vez de reconhecer as falhas e os limites do Estado soberano, existiram atuações políticas que visavam a restaurar a confiança pública no Estado, reimpondo o controle por meio da punição individual, sendo que aqueles que eram apontados como os que mais necessitavam de controle pertenciam à população pobre, negra, marginalizados.

Apesar do entendimento de que o crime não reage a duras punições, as legislaturas têm adotado a postura da “lei e ordem”, aumentando e confirmando poderes do comando soberano, resultando em um aumento da população carcerária, no caso citado pelo autor, britânica, de 1993 até os dias atuais, o que é pouco se comparado à política da “guerra contra as drogas” dos EUA<sup>387</sup>. Tem-se uma falsa sensação de que o descumprimento da lei não é tolerado, de que as minorias estão amparadas (algo está sendo feito), uma vez que os mais afetados não possuem poder político para demonstrar o contrário.

Trata-se de uma atuação simbólica do Estado, sem a verificação real dos problemas que ocorrem. O que se procura é demonstrar poder, na ilusão aos demais de que algo está sendo feito, fechando os olhos ao fracasso de tal política.

Apresenta-se o problema como resultante de grupos raciais e culturais “anormais”, dos quais emerge dos delinquentes perigosos um ser antissocial. Criminosos individuais são vistos como seres de carreira, desordeiros, sem virtudes, com o que se fala em subclasses, sendo que destas decorrem os criminosos: uma explicação cultural incrivelmente apresentada<sup>388</sup>.

Os mais diversos discursos se contradizem, sendo isso decorrência da realidade neoliberal e do neoconservadorismo, de forma ambivalente, tratando os mesmos fatos sob enfoques diversos, diante do real mundo pós-moderno.

---

<sup>386</sup> Ibid.

<sup>387</sup> Ibid., p. 280-281.

<sup>388</sup> Ibid.

Sobre o Neoliberalismo, Batista<sup>389</sup> entende que:

para conter as massas empobrecidas, sem trabalho e jogadas à própria sorte, o neoliberalismo precisa de estratégias globais de criminalização e de políticas cada vez mais duras de controle social: mais tortura, menos garantias, penas mais longas, emparedamento em vida...

Conforme observa Wacquant<sup>390</sup>, ao falar em uma penalidade neoliberal, esta faz uso maior de um Estado policial e penitenciário, e um uso menor de um modelo econômico e social, e isso é que vem a gerar uma insegurança geral. Com isso se tem um aval estatal de se penalizar a miséria.

O período em que as mudanças ganharam força, como observado, foi denominado de pós-fordismo, que pode ter início situado com a crise do petróleo, sendo seu ponto de partida os EUA, no curso dos anos 1990, conforme já inicialmente abordado um pouco atrás. A realidade que se tem é de desregulamentação econômica, pauperização, dissocialização do trabalho<sup>391</sup>.

Existe um excesso negativo, em que se depende menos da força de trabalho vivo no processo produtivo, diante da utilização de novas tecnologias, com a sobra de mão-de-obra. O emprego perde suas características (garantias, estabilidade, direitos sociais), passando-se a fazer uso de mercados no limite da legalidade, menos custosos.

O que importa são processos produtivos de criação e inovação, tendo como seus elementos a comunicação e o intelecto (competência/habilidades). A relação passa a ser de puro comando, ou seja, de ordem política que possibilite um controle e a imposição de competição produtiva (cooperativas). Giorgi<sup>392</sup> fala em um trabalho imaterial, uma elite restrita do trabalho informatizado, a qual acaba por determinar a exclusão e a marginalização das demais forças de trabalho que representam um excesso nesse sistema pós-fordista (expulsa do processo produtivo). Tudo isso em decorrência das exigências de produtividade:

Os novos tempos produzem níveis de encarceramento nunca vistos na história da humanidade. O disciplinamento do tempo livre, da

<sup>389</sup> BATISTA, Vera Malaguti... Op. Cit., p. 28.

<sup>390</sup> WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

<sup>391</sup> Ibid.

<sup>392</sup> GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

concorrência desumana e da conflitividade social despolitizada vai requerer novos argumentos “científicos”: surge o neolombrosianismo determinista com as neurociências e das descobertas de novos “criminosos natos”.<sup>393</sup>

Política, tribunais e cárcere continuam a constituir as principais formas de controle social, no entanto, não mais na forma de disciplina individual especificamente, conforme se deu no período anterior, do capitalismo até o pós-fordismo, quando citados dispositivos trabalhavam de forma racional na disciplina da produção e de sujeição da força de trabalho.

A força de trabalho foi transformada em multidão, formada pela classe operária, onde ocorre um excesso, com exclusão social, desemprego, marginalidade (excesso negativo), e também se tem a forma de trabalho imaterial, intelectualização da produção (excesso positivo). Existe, assim, uma nova relação entre produção e controle, devendo o saber ser extraído da multidão, ou não-saber, conforme Giorgi<sup>394</sup>. Os dispositivos de controle seguem orientação de supervisão, limitação de acesso, de neutralização e de contenção do excesso:

A passagem do fordismo ao pós-fordismo se entrecruza, assim, com o progressivo esgotamento de uma soberania estatal definida como complexo de estratégias de normalização disciplinar da classe operária e com a emergência de um domínio imperial construído com base no controle biopolítico da multidão. Todavia, esse controle “biopolítico” coloca-se num plano totalmente externo às determinações singulares da força de trabalho social, inscrevendo-se num domínio capitalista reduzido a puro comando. É aqui que se determina a separação radical entre biopolítica e disciplinariedade.<sup>395</sup>

### 2.2.1 O Biopoder em Foucault

O poder, como analisado por Foucault, é abordado fora da concepção da filosofia política moderna, substituindo as compreensões ideológicas pelo saber: o poder circula, forma, organiza o saber. O que se procura é transformar o homem em objeto útil e dócil.

<sup>393</sup> BATISTA, Vera Malaguti... Op. Cit., p. 29.

<sup>394</sup> Ibid.

<sup>395</sup> Ibid., p. 81.

Poderíamos, pois, contrapor dois grandes sistemas de análise de poder. Um, que seria o velho sistema que vocês encontram nos filósofos do século XVIII, se articularia em torno do poder como direito original que se cede, constitutivo da soberania, e tendo o contrato como matriz do poder político. E haveria o risco de esse poder assim constituído, quando ultrapassa a si mesmo, ou seja, quando vai além dos próprios termos do contrato, tornar-se opressão. Poder-contrato, tendo como limite, ou melhor, como ultrapassagem do limite, a opressão. E vocês teriam o outro sistema que tentaria, pelo contrário, analisar o poder político não mais de acordo com o esquema contrato-opressão, mas de acordo com o esquema guerra-repressão. E, nesse momento, a repressão não é o que era a opressão em relação ao contrato, ou seja, um abuso, mas, ao contrário, o simples efeito e o simples prosseguimento de uma relação de dominação. A repressão nada mais seria que o emprego, no interior dessa pseudopaz solapada por uma guerra contínua de uma relação de força perpétua. Portanto, dois esquemas de análise do poder: o esquema contrato-opressão, que é, se vocês preferirem, o esquema jurídico, e o esquema guerra-repressão, ou dominação-repressão, no qual a oposição pertinente não é a do legítimo e do ilegítimo, como no esquema precedente, mas a oposição entre luta e submissão.<sup>396</sup>

O que ele chama de biopoder pode ser visto como um aperfeiçoamento do poder disciplinar, em que o biológico reflete no jurídico, mas que toma a vida acima da ameaça da morte (vida do ser vivo). Tem-se uma estatização do biológico, as características biológicas passam a interessar ao poder, à política. Na realidade, já quando do poder disciplinar se poderia falar em biopoder, uma vez que a vida já era seu objeto, mas de forma particular, individual, com sujeição dos corpos, como forma de indicar que o caminho seguinte envolveria a população, um aspecto mais amplo, geral, em seus diversos fenômenos desde a natalidade até a mortalidade.

O biopoder será definido na primeira aula do curso *Sécurité, territoire, population*:

[...] como o conjunto de mecanismos pelos quais aquilo que na espécie humana constitui seus traços biológicos fundamentais vai poder entrar no interior de uma política, de uma estratégia política, de uma estratégia geral de poder. Em relação à tecnologia disciplinar, esse conjunto de mecanismos (em que se constitui o biopoder) define um outro modo de agenciamento do espaço, especifica uma forma diferente da normalização e singulariza um novo “corpo” enquanto objeto e sujeito da estratégia de poder representada pela biopolítica.<sup>397</sup>

<sup>396</sup> Ibid., p. 24.

<sup>397</sup> FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 207.



Ressalta Giacóia Júnior<sup>398</sup>:

durante a segunda metade do século XVIII, eu creio que se vê aparecer algo de novo, que é uma outra tecnologia de poder, não disciplinar desta feita. Uma tecnologia de poder que não exclui a técnica disciplinar, mas que a embute, que a integra, que a modifica parcialmente e que, sobretudo, vai utilizá-la implantando-se de certo modo nela, e incrustando-se efetivamente graças a essa técnica disciplinar prévia. Essa nova técnica não suprime a técnica disciplinar simplesmente porque é de outro nível, está em outra escala, tem outra superfície de suporte e é auxiliada por instrumentos totalmente diferentes.

Dizer que o poder, no século XIX, incumbiu-se da vida, é dizer que ele conseguiu cobrir toda a superfície que se estende do orgânico ao biológico, do corpo à população, mediante o jogo duplo das tecnologias de disciplina, de uma parte, e das tecnologias de regulamentação, de outra. Portanto, estamos num poder que se incumbiu tanto do corpo quanto da vida, ou que se incumbiu, se vocês preferirem, da vida em geral, com o pólo do corpo e o pólo da população. Biopoder, por conseguinte, do qual logo poderemos localizar os paradoxos que aparecem no próprio limite de seu exercício.

Esse poder não se dirige ao ser individual, com fins disciplinares, e sim sobre o homem como massa da população, intervindo sobre os processos e ciclos biológicos, da natalidade à mortalidade, controlando, normatizando e regulamentando:

percebe-se que enquanto a disciplina atua sobre um espaço vazio, construído artificialmente, a tecnologia do biopoder, ou seja, os mecanismos de segurança, vão atuar sobre um certo número de dados materiais, majorando os elementos positivos e minimizando os negativos (atuais e futuros). Para tanto, os mecanismos de segurança trabalham com previsibilidades, com riscos, com probabilidades de ocorrências. Nos mecanismos de segurança trata-se acima de tudo da gestão de séries abertas de elementos que se deslocam indefinidamente (bens, pessoas, doenças) a partir de estimativas e probabilidades. Ao final dessa primeira aula, Foucault dirá que enquanto a soberania “capitaliza” um território, tendo como problema maior o posicionamento da sede do governo; enquanto a disciplina “arquiteta” um espaço, dando-se como problema central a distribuição hierárquica e funcional dos indivíduos; a segurança procurará organizar um “meio”, em função de uma série de acontecimentos possíveis que devem ser regularizados em um

<sup>398</sup> GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. **Direitos humanos e bio-poder**. In: XIV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional de CONPEDI, 2006, Marília/SP. **Anais do XIV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional de CONPEDI**: A construção do saber jurídico no século XXI. Florianópolis: Fundação BOITEUX, 2005, p. 620.

quadro múltiplo e transformável.<sup>399</sup>

Ocorre uma combinação (acoplamento) entre disciplina e regulamentos, entre individual e coletivo, em que a decisão sobre o valor ou desvalor da vida é um ato biopolítico.

Conforme observa Foucault<sup>400</sup>,

a disciplina tenta reger a multiplicidade dos homens na medida em que essa multiplicidade pode e deve redundar em corpos individuais que devem ser vigiados, treinados, utilizados, eventualmente punidos. E, depois, a nova tecnologia que se instala se dirige à multiplicidade dos homens, não na medida em que eles se resumem em corpos, mas na medida em que eles formam, ao contrário, uma massa global, afetada por processos de conjunto que são próprios da vida, que são processos como o nascimento, a morte, a produção, a doença, etc.

Posteriormente a atuação sobre o corpo humano, individualizado, passa-se a trabalhar com o homem na forma de massa humana (homem como espécie), ao que Foucault<sup>401</sup> entendia como uma biopolítica da espécie humana.

No fim do século XVIII, quando se pensou em Direito Penal, conforme anota Foucault<sup>402</sup>, “percebe-se que a questão posta pelos reformadores era de fato uma questão de economia política, no sentido de que se tratava de uma análise política, ou de uma reflexão em todo o caso de estilo econômico, sobre a política e o exercício do poder”. O que se tem é a biopolítica em seu nascimento, racionalizando o governo de um grupo, de uma população, em seu aspecto biológico, e com ela o biopoder, que veio a crescer nos séculos seguintes. O homem deixa a sua posição de objeto e passa a ser sujeito do poder político, a sua vida passa a ser parte dos mecanismos e formas de atuação do poder, indicando a forma mais adequada de controle e utilização da vida.

Essa biopolítica trata da fecundidade, mas também da morbidade, usa-se a medicina com função maior que a saúde pública, envolvendo formas de doenças, velhice, acidentes, refletindo em outra forma de preocupação como poupança, seguridade social, etc. Isso envolve um novo elemento, fora os já conhecidos indivíduo e sociedade, “a população”, e como cuidar desta no campo político,

<sup>399</sup> FONSECA, Márcio Alves da... Op. Cit., p. 210.

<sup>400</sup> FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**... Op. Cit., p. 289.

<sup>401</sup> Ibid.

<sup>402</sup> Id. **Nascimento da biopolítica**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 340.

biológico e de poder, “em suma, aos acontecimentos que ocorrem numa população considerada em sua duração”<sup>403</sup>. A população vista como mão-de-obra deixa de obedecer apenas à vontade do soberano, exigindo sua administração.

Foucault<sup>404</sup> afirma que “a partir do momento em que, ao contrário, como vis-à-vis, não da soberania, mas do governo, da arte de governar, teve-se a população, creio que podemos dizer que o homem foi para a população o que o sujeito de direito havia sido para o soberano”.

É um momento em que se busca prolongar a vida de forma controlada, a fim de se assegurar um equilíbrio biológico de vida, uma regulamentação, e não disciplina. Fala-se em vida, e não em morte.

Diverso do poder soberano, o biopoder trata de formas de gestão da vida, substituindo o “fazer morrer ou deixar viver” pelo “fazer viver e deixar morrer”: o biopoder tem a função de gerar a vida, tendo por suporte as ciências do homem, como a demografia e a medicina social, uma tecnologia da população (passa-se de um Estado territorial a um Estado de população). Tem-se a substituição do “fazer morrer ou deixar viver” pelo “fazer viver e deixar morrer”, como já observado: a vida passa a ser a forma de atuação dessa forma de poder.

Procedimentos de poder saber, com o auxílio dos avanços tecnológicos, procuram controlar e modificar os diversos processos relacionados à vida:

pela primeira vez na história, sem dúvida, o biológico reflete-se no político; o fato de viver não é mais esse sustentáculo inacessível que só emerge de tempos em tempos, no caso da morte e de sua fatalidade: cai, em parte, no campo de controle do saber e de intervenção do poder.<sup>405</sup>

Por outro lado se tem a separação dos indivíduos em grupos dignos ou indignos de viver, grupos com importância política de permanecerem vivos e os sem importância (sujeito até a eliminação/exclusão): “na biopolítica moderna, soberano é aquele que decide sobre o valor ou sobre o desvalor da vida enquanto tal”<sup>406</sup>.

Com isso se constata que o biopoder é fundamental ao capitalismo por garantir os processos econômicos controlando os corpos humanos, mas também

<sup>403</sup> Id. **Em defesa da sociedade**... Op. Cit., p. 293.

<sup>404</sup> Id. **Segurança, território, população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 103.

<sup>405</sup> Id. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988, p. 155.

<sup>406</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. Tradução Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010, p. 137.

dele depende no que se refere aos mecanismos tecnológicos apresentados com a evolução dos tempos, evolução esta que acabou de certa forma sendo exigida por esse tipo de poder, a fim de se atingirem os objetivos que ele poderia proporcionar. Trata-se da forma de poder do pós-fordismo.

Como já discorrido, essa forma de poder convive com a forma disciplinar, o homem tratado no individual, mas também no coletivo. Tais formas não estão no mesmo nível, daí o porquê da possível convivência, articulação. Foucault<sup>407</sup> afirma:

temos, pois, duas séries: a série do corpo – organismo – disciplina – instituições; e a série população – processos biológicos – mecanismos regulamentadores – Estado. Um conjunto orgânico institucional: a organo-disciplina da instituição, se vocês quiserem, e, de outro lado, um conjunto biológico e estatal: a bio-regulamentação [sic] do Estado.

O controle da normalização disciplinar se volta à materialidade dos corpos e pela organicidade das instituições, enquanto que no biopoder a normalização é direcionada aos processos da vida e ao controle das condutas.

Fonseca, analisando Foucault, destaca que ele, em tal instante, focaliza os mecanismos disciplinares, então já existentes, para uma perspectiva mais ampla da biopolítica:

o biopoder não se constitui numa forma de poder independente do poder disciplinar, mas é integrado por este último. Em torno das disciplinas do corpo e das regulações das populações é que teria se organizado um mecanismo de poder sobre a vida. Mecanismo que não agiria pela despesa, pela interdição, pela imposição da morte, mas que se concretizaria pelo investimento sobre a vida e seus fenômenos, mecanismo que teria no “corpo vivo” e na “vida enquanto processo” seus dois vetores principais.<sup>408</sup>

Complementando tal entendimento, constata-se que o campo biológico foi dominado pelo Estado, como forma de atuação social:

o investimento da bio-política [sic] sobre a vida se faz por meio do exercício normalizador, pela inclusão/exclusão de indivíduos e grupos nos processos econômicos, pelo ajustamento dos corpos aos aparelhos de produção, por meio de novas estratégias de gestão e administração de recursos, do capital, dos meios de produção, procedimentos e métodos de intensificação e majoração das forças produtivas, que naturalmente incidem também sobre as forças do corpo. Todo esse grande agenciamento incluía tanto o corpo global

<sup>407</sup> FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade...** Op. Cit., p. 298.

<sup>408</sup> FONSECA, Márcio Alves da... Op. Cit., p. 200.

da população como os corpos dos indivíduos, na forma de um biopoder [sic] que constituiu um elemento indispensável ao desenvolvimento do capitalismo.<sup>409</sup>

Nessa atuação social vem a ocorrer a luta entre a proteção da vida e seu “inimigo”, em que a polícia vem a se confundir de certa forma com a política, podendo se falar em um verdadeiro estado de exceção no qual se encontra o “inimigo”, submetido a um ordenamento diverso dos demais, excluído do todo do qual faz parte.

A sociedade da era moderna, do pós-fordismo, é uma sociedade controlada pelo biopoder e pela biopolítica, a qual encontra como forma de controle social a Criminologia da Vida Cotidiana ou Atuarial, já citada anteriormente nesse texto, a qual substitui o social pelo econômico, com a identificação de grupos inteiros considerados inimigos da ordem social, vistos como a multidão, e que deve sofrer neutralização, ocorrendo uma gestão do risco que oferecem aos demais indivíduos, uma vez que se admite a insuficiência do Estado no controle criminal e social. Tal forma de criminologia tem por enfoque situações e atitudes propícias ao comportamento criminoso, e não mais à questão da culpa em condutas já praticadas.

Trata-se, por assim dizer, de uma forma de atuação do biopoder, que pode atuar em diferentes campos e momentos do mundo atual, e que se fundamenta em dados estatísticos, os quais elencarão os normais e os que devem ser excluídos.

Deve ocorrer um controle sobre a vida e sua manutenção, com privilégio do grupo em detrimento dos que não se enquadram nele. Aqui se encaixam aqueles que estão fora do mercado de trabalho e de consumo, tendo em vista a grande quantidade de mão-de-obra, a qual gera um grande número de classes sem qualquer tipo de poder aquisitivo, as subclasses (ou os inimigos). Quem se sobressai são os com maior qualificação e poder econômico, e que são aqueles que o poder fará viver.

A criminologia da vida cotidiana se manifesta não apenas na forma de transferir responsabilidades, mas também em novas formas de políticas de intimidação, voltada para o aspecto prático: crime é visto como algo normal, decorrente de comportamentos da vida econômica e social da atual sociedade, não se exigindo uma predisposição ou anormalidade psicológica.

---

<sup>409</sup> GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo... Op. Cit., p. 622.

Os riscos devem ser calculados de forma agregada dos crimes, sendo um novo entendimento do crime e de como agir com medidas preventivas. O crime passa a ser visto sob uma ótica institucional, em uma perspectiva social e econômica, não tendo relação com aplicação da lei.

O controle social se dá então nesse sentido, diminuindo ou até excluindo direitos dos menos favorecidos, sendo que com isso não coloca fim em sua vida de forma direta, mas o deixa morrer na forma de omissão. Essa é, aparentemente, a biopolítica atual.

As políticas públicas são adaptadas de forma a excluir grupos inteiros do convívio social (neutralização seletiva), tendo que trabalhar com a gestão do risco, por meio de diversos mecanismos decorrentes do avanço tecnológico.

### 2.2.2 O Direito Penal do inimigo

O sistema do Direito Penal do inimigo encontra-se umbilicalmente ligado à ideia de um direito autoritário, de expansão da atuação do Direito Penal, em especial nos últimos tempos, sendo uma forma que mostrou como uma solução viável contra um aumento da criminalidade, apresentado por seus defensores como possível de justificá-lo: “quando um sistema normativo, por mais justificado que esteja, não dirige a conduta das pessoas, carece de realidade social”<sup>410</sup>.

Nesse sentido, aquele que pratica um ilícito é perigoso, ou seja, um inimigo da sociedade, devendo sofrer uma sanção que o impeça de novamente violar leis existentes. Com isso se tem uma divisão entre inimigos e cidadãos, estes os que respeitam regras jurídicas estabelecidas por determinada sociedade.

Observa Busato<sup>411</sup> que a sociedade de riscos, aos quais existe uma maior exposição nas sociedades de hoje, serve de fundamento para aqueles que defendem tal forma de Direito Penal como modo de absoluta e total segurança: “as atividades cotidianas da sociedade, cada vez mais, vêm-se associadas a um padrão

---

<sup>410</sup> JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 09.

<sup>411</sup> BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo...** Op. Cit.

elevado de riscos que fogem ao controle daquele que se arrisca”<sup>412</sup>. Sob tal ponto de vista, defende-se que, punindo-se os menores atos, se consegue evitar a prática dos maiores, sendo isto uma das bases do Direito Penal do inimigo, de forma como a defendida sob o rótulo de tolerância zero.

Trata-se de uma forma de inflação do Direito Penal, como se fosse a única solução para conflitos sociais. Ao tratar do Direito Penal do inimigo, que considera uma união de um Direito Penal simbólico e do punitivismo, afirma Cancio Meliá<sup>413</sup> que Jakobs identifica tal forma de Direito Penal do seguinte modo:

o Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, constata-se um amplo adiamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referencia: o fato futuro), no lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referencia: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena cominada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas.

Jakobs<sup>414</sup> observa que sempre o indivíduo com determinado comportamento considerado desviante das normas sociais foi visto como inimigo, citando como fontes dessa constatação Rousseau, Fichte e Kant, filósofos que já escreviam em tal sentido, ou seja, que aquele que se afastava da vida social deveria dela ser expelido.

Conforme escreveu Jakobs<sup>415</sup>,

em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem o direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu *status* de pessoa, de cidadão, em todo caso; sua situação dentro do direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se da sociedade através de seu ato.

Com isso entendeu-se que o Estado deve buscar a segurança para seus

<sup>412</sup> Ibid. p. 132.

<sup>413</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. "Direito Penal" do inimigo? In: JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 90.

<sup>414</sup> JAKOBS, Gunther. Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo. In: JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

<sup>415</sup> Ibid., p. 25-26.

cidadãos, os quais devem deste cobrar um direito a esta segurança. Diante desse raciocínio, “o Direito Penal do cidadão é o direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, e só a coação física, até chegar à guerra”<sup>416</sup>. Essa última forma de direito é vista como útil a combater perigos, ou seja, inimigos, os quais nada mais seriam do que aqueles autores de um fato entendido como perigoso à sociedade, que coloca em risco uma sociedade, e portanto, merece sofrer uma consequência, e como tal não merece participar da vida social como um cidadão.

O que tal pensamento parece destacar é que existem dois tipos de pessoas, o que eventualmente pode praticar um erro, e aquele que deve ser impedido a todo custo de destruir a ordem jurídica, cuja vigência deve ser mantida pela busca da liberdade e do bem-estar, o qual constitui um perigo, com o que, para Jakobs<sup>417</sup>, nem todo aquele que delinque é inimigo:

portanto, o Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta de reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate a periculosidade.

A título de conclusão, Cancio Meliá<sup>418</sup> diz que “o atual Direito Penal do inimigo não é um simples retorno a uma política criminal autoritária, mas uma fase evolutiva nova”, na qual se identificam tipos ou categorias de pessoas, cidadãos e inimigos. Tal distinção é resultado das desigualdades proporcionadas pelos que detêm o poder, e que de alguma forma foram atingidos pela violência.

Inimigos (terroristas, membros de organizações criminosas, componentes de certas raças, religião etc) seriam os excluídos socialmente, devendo ser punidos na forma de preparação ao futuro em defesa da afronta reiterada à norma. Segundo Busato<sup>419</sup>,

Jakobs reconhece a legitimidade de que em certos casos possa o Estado deixar de considerar o delinquente como “pessoa” para tratá-lo como inimigo. E a essas alturas, já se dá por plenamente identificado como *inimigo* o socialmente excluído. A ideia de estabilização da norma é elemento central do sistema de imputação,

<sup>416</sup> Ibid., p. 28.

<sup>417</sup> Ibid., p. 36.

<sup>418</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel... Op. Cit., p. 110.

<sup>419</sup> BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo...** Op. Cit., p. 149.



leva Jakobs a colocar o homem em segundo plano, pelo que, não é de estranhar que para sua proposta, não haja óbice em desqualificar uma pessoa humana perante o Direito.

Abordando a questão do Direito Penal do inimigo, Greco<sup>420</sup> o entende como uma terceira velocidade do Direito Penal, uma união de uma primeira velocidade, visão tradicional do Direito Penal com a atuação da sanção penal, com uma segunda velocidade em que se procuram penas alternativas à privação da liberdade, afastando-se algumas garantias para possibilitar a aplicação destas, “Seria, portanto, uma velocidade híbrida, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade)”<sup>421</sup>.

Ainda com Greco<sup>422</sup>:

Como se percebe sem muito esforço, a semelhança entre o que pretende Jakobs, com sua distinção amigo/inimigo, em muito se assemelha ao projeto desenvolvido por Mezger durante o regime nazista capitaneado por Hitler.

Dizer que a sociedade, na qual todos nós estamos inseridos, é composta por cidadãos e por inimigos, onde estes últimos devem receber tratamento diferenciando, como se houvesse um estado de guerra, é voltar ao passado, cuja história a humanidade quer, na verdade, esquecer.

O que se tem é uma forma de atuação de um “Direito Penal máximo”, onde os inimigos seriam aqueles que se afastaram de modo mais duradouro da sociedade, não aceitando regras, e que, por tal motivo, não merecem ser tratados da mesma maneira que os demais, uma vez que são contra o Estado:

De todo modo e para concluir, o que se discute em doutrina penal é a admissibilidade do conceito de inimigo no Direito Penal (ou no direito em geral) do Estado de direito, considerando como tal aquele que é punido só em razão de sua condição de ente perigoso ou daninho para a sociedade, sem que seja relevante saber se a privação dos direitos elementares à qual é submetido (sobretudo, a sua liberdade) seja praticada com qualquer outro nome diferente do de pena, e sem prejuízo, tampouco, de que se lhe reconheça um resíduo de direitos mais ou menos amplo.<sup>423</sup>

<sup>420</sup> GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 2. ed. Niterói: Impetus, 2006.

<sup>421</sup> Ibid., p. 25.

<sup>422</sup> Ibid., p. 28.

<sup>423</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.

A distinção entre os dois grupos tratados parece ser a tônica do Direito Penal do inimigo, aplicando-se aos cidadãos o seu Direito Penal, com todas as garantias penais e processuais, respeitando-se seus direitos fundamentais (uma infração desse grupo é mero deslize). Por outro lado, os inimigos, que desprezam o ordenamento jurídico, não merecem qualquer respeito, também, não merecendo qualquer tipo de garantia de direitos fundamentais, quer penais, quer processuais, diante de seu desprezo pela lei e pela sociedade, assim classificados, e sendo isso uma realidade para os defensores desse tipo de Direito Penal.

Na realidade, o Direito Penal do inimigo antecipa a aplicação do Direito Penal, ampliando seu campo de atuação com fundamento apenas na periculosidade do “inimigo”, assim identificado, inflacionando a intervenção penal com um aumento das condutas puníveis. Trata-se de verdadeira expansão penal com flexibilização de direitos fundamentais, de modo a se reduzir a importância destes, em prol de necessidades sociais onde a sanção penal é o instrumento adequado a isso. Tal fato não é coerente com um verdadeiro Estado Democrático de Direito, “bússola indispensável para marcar a direção do esforço do poder jurídico em sua tarefa de permanente superação dos defeitos dos Estados de direito reais ou históricos”<sup>424</sup>. Trata-se de uma forma de estado de exceção o preconizado pelo Direito Penal do inimigo, ou até se pode pensar em um modelo análogo ao do tratado por Foucault em seu biopoder.

## 2.3 A QUESTÃO DO ABOLICIONISMO

O abolicionismo surgiu como forma de pensamento ou teoria que tem por fim a abolição do poder punitivo do Estado, isto é, com a não utilização do Direito Penal como forma de solução de conflitos, erradicando-se esse Direito, negando-se sua legitimidade.

O fundamento desse pensamento encontra-se na afirmação de que o Direito Penal não possui capacidade de solucionar eventuais comportamentos desviados, uma vez que nunca foi capaz de diminuir a criminalidade, pelo contrário, com a pena

---

<sup>424</sup> Ibid., p. 13.

de encarceramento, como sua forma de agir, acaba reproduzindo qualquer tipo de violência, uma vez que estigmatiza aquele que considera criminoso retirando-o do convívio social e dificultando seu retorno ao mesmo. De certa forma se está criando e reproduzindo o criminoso.

A ideia do abolicionismo, como movimento, teve grande força de

autores do norte da Europa, embora com considerável repercussão no Canadá, nos Estados Unidos e na América Latina. Partindo da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferentemente informais. Seus mentores partem de diversas bases ideológicas, podendo ser assinalada de modo prevalente a fenomenológica, de Louk Hulsman, a marxista, da primeira fase de Thomas Mathiesen, a fenomenológica-histórica, de Nils Christie e, embora não tenha formalmente integrado o movimento, não parece temerário incluir neste a estruturalista, de Michel Foucault.<sup>425</sup>

Ao falar dos autores abolicionistas, Passeti destaca que,

Para Louk Hulsman, o intelectual atuante no abolicionismo penal não é mais o herdeiro do iluminismo com a pretensão de conduzir o movimento social. Concordando e incorporando as reflexões de Michel Foucault, compreende que o intelectual não é mais o agente de consciência superior, mas um parceiro envolvido diretamente no acontecimento, atuando na demolição do Direito Penal moderno. O abolicionismo penal passa a ser uma prática que não desconhece as implicações de poder e domínio resultantes da relação entre Direito Penal e ciências humanas, posicionando-se favoravelmente a tomadas de decisão que abdicuem da aplicação universal da lei e da uniformidade de procedimentos para tratar cada caso como singularidade. Outros abolicionistas penais, como Nils Christie e Thomas Mathiesen lidam com o abolicionismo penal como um itinerário a ser percorrido por meio da crítica histórica ao domínio do direito de classe, levando a linguagem jurídica ao seu limite e sinalizando para a sua superação com a realização da utopia da sociedade igualitária. Por diversos instantes estes fluxos se tocam, misturam e atravessam, para se distinguirem e se apartarem em seguida, quando abordam os efeitos do Direito Penal<sup>426</sup>.

Esse mesmo autor assevera que

o abolicionismo penal é a constatação que uma sociedade sem penas existe e que dela se faz uso autoritário e libertário; que a uniformidade inexistente; que muitos querem o pluralismo como

<sup>425</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 648.

<sup>426</sup> PASSETTI, Edson. Atualidade do abolicionismo penal. In: PASSETTI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 27-28.

consagração de uma tenebrosa uniformidade que perpetua a prevenção geral; que alguns se imaginam capazes de guiar os demais por meio de seu esclarecimento. Há uma associabilidade libertária que se difunde por miríades de associações, inventando vida onde se quer conservação, e que diante do conservadorismo de hoje em dia, afirma a conservação libertária da inovação.<sup>427</sup>

O abolicionista Hulsman<sup>428</sup> entende que o sistema de justiça criminal não é um sistema voltado a punições, sendo que o discurso público procura não revelar os problemas e a criminalização, “mas sim um sistema que usa a linguagem da punição de modo a esconder os reais processos em curso e produzir consenso através de sua errônea apresentação, assimilando-os aos processos conhecidos e aceitos pelo público”.

O abolicionismo entende que a prisão é uma forma de violar-se a dignidade humana, sendo, assim, algo irracional, além do que atinge outro bem jurídico fundamental ao homem que é sua liberdade, não exercendo qualquer tipo de reprovação ou recuperação aceitável juridicamente ou humanisticamente.

Observa Karam<sup>429</sup> que o Estado aproveita-se de sentimentos de insegurança, das consequências ou situações novas decorrentes da sociedade pós-moderna, para aumentar a atuação penal em direção a um totalitarismo:

Dentro do vitorioso Estado mínimo de pregação neoliberal faz-se presente um simultâneo e incontestado Estado máximo, vigilante e onipresente, que se vale de ampliadas técnicas de investigação e de controle, propiciadas pelo desenvolvimento tecnológico, que manipula o medo e a insegurança, para criar novas e dar roupagem pós-moderna a antigas formas de intervenção e de restrições sobre a liberdade individual.

O Direito Penal, como regra geral para os abolicionistas, além das características da prisão, se dirige para grupos determinados de pessoas, constituindo-se estes dos menos favorecidos socialmente, não alcançando todos os responsáveis, e com estes grupos como alvo, existe uma tendência em se substituir o Estado Social pelo Estado Penal, ainda mais diante dos avanços tecnológicos e de um mundo onde se vive de forma global. Isto provoca uma ampliação das condutas proibidas e punidas, em especial quando possam afetar as classes mais

<sup>427</sup> Ibid., p. 33.

<sup>428</sup> HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: PASSETTI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 36.

<sup>429</sup> KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 71.

favorecidas, quando, então, princípios penais como o da intervenção mínima, da humanidade, da lesividade são deixados de lado, atacando-se, assim, a forma democrática de se viver.

Portanto, para o abolicionismo, o Direito Penal considera como criminosa apenas uma pequena parcela da população, em especial aquela composta pelos menos favorecidos<sup>430</sup>. Além disso, “há uma forte tendência na justiça criminal de associar eventos e comportamentos examinados a sanções cominadas em um modelo coerente e estável, baseado em uma escala de gravidade”<sup>431</sup>.

No entendimento de Hulsman<sup>432</sup>, a criminalização acaba por construir os eventos que procura punir. Em nível de conclusão, escreve Hulsman que,

de um ponto de vista acadêmico, não é possível oferecer uma fórmula preconcebida de procedimentos alternativos no enfrentamento do crime. Se quisermos progredir no campo das alternativas, devemos abandonar a organização cultural e social da justiça criminal. A justiça criminal versa sobre a figura do criminoso, baseia-se na atribuição de culpa e tem um ponto de vista de “juízo universal” do mundo. Não fornece, pois, as informações e o contexto no qual definir e enfrentar, de modo emancipatório, situações problemáticas.<sup>433</sup>

Ainda sob a ótica abolicionista, o Direito Penal é incapaz de atuar de forma preventiva, além do que a forma como se escolhe o que deve ou não ser considerado um ilícito penal, não é algo específico, determinado, sofrendo as mais diversas influências espaciais, temporais, culturais e de interesses de determinados grupos, a ponto de determinada conduta ser criminalizada em um país e não o ser em outro. Com isso não se sabe o que é suficiente para legitimar a atuação do Direito Penal, quer na elaboração de leis, quer na aplicação da pena. O crime seria uma criação do Estado, como forma de manifestação de seu poder, constituindo uma decisão política que permite ainda mais a atuação desse poder em busca da disciplina social que lhe interessa, intervindo assim na liberdade das pessoas de forma injusta, “a injustiça, inerente ao funcionamento do sistema penal, acentua-se quando se considera que a reação punitiva, necessária e prioritariamente, se dirige aos membros das classes subalternizadas, aos excluídos, aos desprovidos de

---

<sup>430</sup> HULSMAN, Louk... Op. Cit.

<sup>431</sup> Ibid., p. 45.

<sup>432</sup> Ibid.

<sup>433</sup> Ibid., p. 68.

poder”<sup>434</sup>.

O Estado apresenta o crime como algo poderoso e incontrolável, decorrente de desvios sociais e não estruturais, a fim de justificar a atuação penal com a sanção, a qual nada tem de ressocializadora, na visão abolicionista.

Karam<sup>435</sup> apresenta, como forma de atuação do abolicionismo,

o afastamento da modalidade de controle social, manifestada através do poder do Estado de punir – e com os princípios limitadores do processo de criminalização (proporcionalidade, idoneidade, subsidiariedade, racionalidade), para, assim, desenvolver uma atuação centrada na eliminação de tipos penais existentes, sem concessões para a criação de novas figuras típicas.

Na linha de solução apresentada pelo abolicionismo, o Direito Penal deve deixar de ser uma das formas de controle social, dando-se essa tarefa a outras formas de controle. Isso não representa a liberação da conduta considerada até então crime, mas sim a sua solução por outras formas de controle social formal ou informal. Para Karam<sup>436</sup>,

esta substituição pode se dar por um controle social informal, exercido por organismos como a família, a escola, as igrejas, os clubes, as associações etc. Em tal hipótese, a descriminalização conduz à neutralidade do Estado diante das condutas descriminalizadas, neutralidade esta motivada por uma reapreciação de seu papel em determinados campos, de forma a reduzir sua intervenção sobre o espaço de liberdade dos indivíduos, assim deixando que a própria sociedade civil e seus organismos se encarreguem do controle de condutas e situações, que aparecem como negativas.

Já na hipótese restante, a substituição do controle exercido através do sistema penal se dá por outras formas de controle social formal. O caráter socialmente negativo da situação considerada mantém-se íntegro, transferindo-se, porém, o controle para outros organismos estatais, como os juízos cíveis (aplicadores de leis produzidas no campo não penal, no campo do Direito Civil, do direito administrativo etc.), ou não necessariamente estatais, como sistemas de saúde ou de assistência social.

Ao discorrerem sobre o abolicionismo, Hassemer e Muñoz Conde<sup>437</sup> escrevem que:

<sup>434</sup> KARAM, Maria Lúcia... Op. Cit., p. 93.

<sup>435</sup> Ibid., p. 103.

<sup>436</sup> Ibid., p. 104.

<sup>437</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología**. Valencia: Tirant lo blanch, 2001, p. 361.

efetivamente, se o Direito Penal é arbitrário, não castiga por igual todas as infrações delitivas, independente do status de seus autores, e quase sempre recai sobre a parte mais débil e os estratos economicamente mais desfavorecidos, provavelmente, o que de melhor pode ser feito é acabar de uma vez por todas com este sistema de reação social diante da criminalidade, que tanto sofrimento acarreta sem produzir nenhum benefício. (tradução nossa)<sup>438</sup>.

O abolicionismo tem o louvor de apresentar críticas ao sistema penal e sua atuação diante dos ilícitos que sejam por ele tratados, no sentido de se procurar sua reforma e aperfeiçoamento.

Apesar de todos os motivos apresentados pelo abolicionismo para que os conflitos sociais sejam solucionados por outros meios que não o meio penal ser até certo ponto louvável e compreensível, o ideal seria a solução de conflitos entre as partes envolvidas, sem recorrer-se a sanções, mas infelizmente existem situações que não apresentam outra forma de solução que não seja a do Direito Penal, como, por exemplo, os crimes de homicídio, de estupro, latrocínio, dentre outros. Para tais casos ainda não existe outra forma diversa da penal e da atuação do poder punitivo do Estado, sendo este indispensável para a existência da sociedade.

É necessário recordar que o Direito Penal é apenas uma das formas de controle social, constituindo, juntamente com as outras formas, um sistema de controle social que tenta atingir o ideal e, com isso, de deixar de existir esse sistema restará afetado, também.

Conforme asseveram Hassemer e Muñoz Conde<sup>439</sup>,

---

<sup>438</sup> No original: “efetivamente, si el Derecho penal es arbitrário, no castiga por igual todas las infracciones delictivas, independientemente del status de sus autores, y casi siempre recae sobre la parte más débil y los estratos economicamente más desfavorecidos, probablemente lo mejor que se puede hacer es acabar de una vez por todas con este sistema de reacción social frente a la criminalidade, que tanto sufrimiento acarrea sin apenas producir ningún beneficio”

<sup>439</sup> HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco... Op. Cit., p. 389-390. No original: “Es ingênuo deducir de todo esto que el Derecho Penal debe ser abolido, sobre todo si se cuenta el papel que desempeña en el contexto del control social en el que está situado. Con los elementos estructurales de todo sistema de control social – norma, sanción y proceso -, el sistema del Derecho Penal elabora casos y experiencias que están profundamente enraizadas en nuestra vida cotidiana y en nuestra cultura como problemas específicos del Derecho Penal. El control social a través del Derecho Penal, por lo menos en relación con determinados âmbitos o parcelas de la criminalidad, no puede ser abolido; lo más que se puede hacer es sutraerse personalmente a él abandonando el grupo o la sociedade en la que se ejerce. Si ello no es posible, o simplemente no se quiere, entonces hay que contar con que las expectativas en el comportamiento de otros se frustren o puedan frustrarse, con que se reaccione formalmente a essas frustraciones sancionando a los que las han provocado, que ello implique necessariamente valoraciones sobre la bondad y la maldad del comportamiento humano que todo esto se lleve a cabo a través de un processo en el que unos denuncian y acusan, y otros niegan los hechos, se justifican y/o se disculpan”.

É ingênuo deduzir de todo isto que o Direito Penal deve ser abolido, principalmente se é considerado o papel que desempenha o contexto do controle social em que está situado. Com os elementos estruturais de todo sistema de controle social – norma, sanção e processo –, o sistema do Direito Penal elabora casos e experiências que estão profundamente enraizados em nossa vida cotidiana e em nossa cultura como problemas específicos do Direito Penal. O controle social através do Direito Penal, pelo menos em relação com determinados âmbitos ou parcela da criminalidade, não pode ser abolido; o máximo que pode ser feito é subtrair-se pessoalmente a ele abandonando o grupo ou a sociedade em que se exerce. Se isso não for possível, ou simplesmente não se quiser, então há que contar com que as expectativas no comportamento de outros se frustrem ou possam frustrar-se, com que se reaja formalmente a essas frustrações sancionando a quem as provocou, que isso implique necessariamente valorações sobre a bondade e a maldade do comportamento humano que tudo isto se leve a cabo através de um processo em que alguns denunciam e acusam, e outros negam os fatos, se justificam ou se desculpam. (tradução nossa).

Com isso se constata que não existe uma fórmula única para se acabar com a criminalidade, pois esta faz parte do homem enquanto ser humano devendo sempre existir normas que o controlem. O Direito Penal é necessário, podendo-se pensar em se limitar sua atuação por outros meios que não sejam sua abolição, fazendo com que atue minimamente, possibilitando que se viva dentro de limites suportáveis de sua atuação, proporcionando certa paz e organização de reação social que não atua na forma do tudo ou nada, que respeite os direitos fundamentais, conforme se verá a seguir.

## 2.4 A TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO PENAL MÍNIMO

Como forma mais amena do abolicionismo, e mais compatível com a realidade criminal, encontra-se o Direito Penal mínimo, como forma menos invasiva e atentatória contra a dignidade humana, na atuação do Direito Penal.

Direitos fundamentais envolvem uma relação de contradição e complemento entre homem e direito, sendo que, com relação ao primeiro, envolve a ideia de liberdade (autonomia) de uma pessoa ou um grupo de pessoas, bem como dos recursos para se alcançarem as necessidades, abrangendo o que é e o que deve ser, o que o direito positivo reconhece como tal e como deveria reconhecer.



O que se tem em vista são injustiças de normas postas e de fatos que violam o ordenamento jurídico. Muitas vezes decisões judiciais e administrativas encontram-se em oposição com outras normas, em especial leis superiores e decisões que violem direitos fundamentais, direitos humanos. Tais violações podem ocorrer tanto em relação a fatos normativos ou a comportamentos sociais que afetem direitos humanos (fundamentais).

Os direitos fundamentais envolvem as necessidades reais do homem, tendo em vista sua dignidade, sendo que a história demonstra a constante violação desses direitos em discrepâncias entre condições potenciais de vida, como gerais de todos, tendo em vista a capacidade social de produção e condições atuais como desperdício e repressão às primeiras condições. A satisfação de necessidade de um grupo se dá por meio da insatisfação das necessidades de outro grupo, o que implica em injustiças sociais, que seria forma de violência estrutural com repressão das necessidades reais (dos direitos humanos) – situações atuais em discrepância das potenciais, no que se refere à satisfação das necessidades, diretamente ligada ao desenvolvimento e à concentração de poder e propriedade em determinadas classes da sociedade.

Citados direitos fundamentais devem ser intangíveis, delimitando a atuação do Direito Penal em uma sociedade democrática, tendo em vista critérios de racionalidade, necessidade e controle de arbítrio punitivo, levando em consideração a questão do bem jurídico, conforme já analisado.

As formas de violência têm em comum a repressão das necessidades reais, que se referem aos direitos humanos, os quais podem ser classificados em termos de autonomia e recursos, bem como das necessidades específicas dos indivíduos (direito de autodeterminação e desenvolvimento).

Pelo aspecto crítico se pode afirmar que o Direito Penal considera a violência apenas em sua forma individual, como problema social, ou seja, de forma particular, e não com relação aos conflitos sociais existentes. Com isso, o conceito de crime deixa de lado questões estruturais, internacionais, sendo a violência criminal somente uma pequena parte da violência social.

A justiça criminal atua de forma seletiva, não existindo uma correspondência real com todos os casos existentes<sup>440</sup>. Isso pode ser consequência de uma real

---

<sup>440</sup> BARATTA, Alessandro... Op. Cit.

impossibilidade, bem como da escolha dos casos em que se irá atuar, o que leva à regra da imunidade e não da criminalização.

A concentração da propriedade e do poder é que dá o panorama das situações concretas de criminalização e imunidade – seletividade – sendo que as camadas mais baixas da sociedade que recebem uma maior atuação do sistema punitivo, o que envolve a punição de delitos menos graves, enquanto que os mais graves ficam sob o manto da impunidade. Isso resulta do crescimento da violência estrutural, com a proteção de uma minoria privilegiada em busca da satisfação pessoal, vindo para tanto prejudicar as necessidades dos demais, usando de violência física contra manifestações de progresso destes e de justiça<sup>441</sup>.

Com isso o Direito Penal é apenas simbólico e não instrumental, onde se tem um controle social que atua sobre os efeitos e não sobre as causas da violência.

Ao se reconhecer o caráter simbólico da pena, verifica-se que ele não tem utilidade diante dos conflitos sociais de forma real e não da forma como se declara (defesa de bens jurídicos, repressão da criminalidade). Por outro lado, as funções latentes estão presentes: desigualdades de propriedade e de poder, efeitos individuais negativos, dentre outros, o que representa uma violência institucional que reproduz a violência estrutural<sup>442</sup>.

A pena, como já analisado, reprime necessidades reais, sendo violência institucional, suspendendo direitos humanos dos considerados criminosos, daqueles que se encontram nas classes mais baixas da população.

Os estudos da prisão indicam ser esse instituto uma forma de disciplina dos grupos marginalizados, os quais continuam a ser a grande parte da população, e que se mostra como uma segunda forma de marginalização (secundária) para a maioria deles, que ficam longe do mercado de trabalho, produzindo uma forma de legitimação seletiva: com isso a distância social aumenta os marginalizados e cada vez mais serão considerados uma ameaça à sociedade. Isso reflete no modo de pensar dos demais indivíduos, ao que se soma a manipulação do poder, que se aproveita de períodos específicos de crises, resultando no consenso da necessidade de punição – guerra contra o “inimigo interno”.

Considerando a atuação real dos sistemas penais e o que deveria ser a atuação ideal, o que se verifica é que, ao invés de se protegerem direitos humanos,

---

<sup>441</sup> Ibid.

<sup>442</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed... Op. Cit.

o que se tem é o ataque a eles, quer se refira a leis locais ou a leis internacionais.

De forma resumida, o que se tem em vista na realidade é que o Direito Penal não se mostra a forma adequada de proteção de direitos humanos, mas sim essas formas de direitos são violadas pela função punitiva – tem-se a violência penal e a violência estrutural, conforma a teoria do abolicionismo.

Como alternativa, existe o Direito Penal Mínimo, o qual, com base no Direito, nas suas garantias, nos direitos humanos, tem por fim conter a violência usando da descriminalização e, em maior abrangência, a substituição da atual justiça criminal por uma forma mais adequada de proteção e reafirmação dos citados direitos.

A igualdade e a legalidade devem basear o controle alternativo de forma a não se ter a criminalização apenas de determinadas classes, em especial as mais frágeis, mantendo a impunidade das mais poderosas, evitando-se assim arbitrariedades, respeitando os direitos humanos até onde seja possível (conflitos de direitos humanos).

A criminologia tradicional tem em conta o comportamento individual e o que fazer com relação a ele, sendo a pena a resposta encontrada, como forma de tratamento ou dissuasão, despolitizada. Com isso, percebe-se que a criminologia tradicional, a penologia e a política criminal não são formas adequadas ao controle da violência e dos conflitos, de modo geral, devendo ocorrer uma análise política realista.

Diante dessas constatações, considerando o que já se analisou anteriormente sobre Direito Penal, pena, controle social e bem jurídico, o Direito Penal mínimo na proteção de direitos fundamentais apresenta o paradigma de sua utilização apenas em último caso, ou de forma mais abrangente se poderia afirmar que o próprio Direito Penal deve atuar apenas em último caso na solução de conflitos e controle social, sendo essa a ideia que norteia o Direito Penal mínimo. O que se tem é a proteção de bens considerados vitais e indispensáveis para a vida em sociedade de forma harmônica: “se partirmos da idéia [sic] de que não é necessário um Direito Penal tão agressivo, reconhece-se, desde logo, a necessidade de utilizá-lo com moderação”<sup>443</sup>.

Nesse sentido, Greco<sup>444</sup> afirma que

---

<sup>443</sup> BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro... Op. Cit., p. 182.

<sup>444</sup> GRECO, Rogério... Op. Cit., p. 30.

o princípio da intervenção mínima, coração do Direito Penal mínimo, tem como primeira missão orientar o legislador quando da criação ou revogação dos tipos penais. Todo o raciocínio correspondente ao princípio da intervenção mínima girará em torno da proteção dos bens mais importantes existentes na sociedade, bem como da natureza subsidiária do Direito Penal. O primeiro passo para a criação do tipo penal incriminador é, efetivamente, a valoração do bem. Se for concebido como bem de relevo, passaremos ao segundo raciocínio, ainda no mesmo princípio, vale dizer, o da subsidiariedade. Embora importante o bem, se os outros ramos do ordenamento jurídico forem fortes e capazes o suficiente para levar a efeito sua proteção, não haverá necessidade da intervenção drástica do Direito Penal. Sua importância deverá também ser aferida para fins de revogação dos tipos. Se um bem que era importante no passado, mas, atualmente, já não goza desse prestígio, não poderá mais merecer a tutela do Direito Penal, servindo o princípio da intervenção mínima de fundamento para sua revogação.

Como berço do princípio da intervenção mínima, indica Luisi<sup>445</sup> a

[...] Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 8. Determinou que “A lei apenas deve estabelecer penas *estrita e evidentemente necessárias*”..., Punha-se, assim, um princípio orientador e limitador do poder criativo do crime. Surgia o princípio da necessidade, ou da intervenção mínima, preconizando que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.

Para atuar de forma mínima, o Direito Penal se vale do princípio da intervenção mínima, em especial com suas duas principais características, chamadas também de princípios, a subsidiariedade e a fragmentariedade, destacando-se que os demais princípios penais já analisados, a exemplo da legalidade, lesividade, princípios relativos a pena, culpabilidade, dentre outros, se unem ao princípio da intervenção mínima em prol de um Direito Penal mínimo.

Dentre citados princípios, destaque especial ao modelo mínimo é o princípio da insignificância, em que se deve considerar a repercussão da conduta do delinquente no mundo jurídico e no mundo da vítima, com a prática de determinada conduta ilícita. Lesões consideradas pequenas, de bagatela a bens jurídicos nem sempre indicam que a ordem social foi abalada, ou que tenha efetivamente ocorrido um prejuízo à vítima, verificando-se o grau de dano causado, e se de pouca

<sup>445</sup> LUISI, Luis... Op. Cit., p. 38-39.

relevância e expressão, não se deve aplicar o direito pena. Como observa Toledo<sup>446</sup>,

a gradação qualitativa e quantitativa do injusto referida inicialmente, permite que o fato penalmente insignificante seja excluído da tipicidade penal, mas possa receber tratamento adequado – se necessário – como ilícito civil, administrativo etc., quando assim o exigirem preceitos legais ou regulamentares extrapenais.

Tendo em vista o princípio da insignificância, escreveu Bitencourt<sup>447</sup>:

é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

E, nesse mesmo sentido:

outro fundamento do princípio da insignificância reside na idéia [sic] da proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime. Nos casos de ínfima afetação do bem jurídico, o conteúdo de injusto é tão pequeno que não subsiste qualquer razão para imposição da reprimenda. Ainda a mínima pena aplicada seria desproporcional à significação social do fato.<sup>448</sup>

E prosseguiu Vico Mañas<sup>449</sup>:

assim, o desvalor do evento deve ser considerado de acordo com a importância dos vários bens jurídicos protegidos penalmente e da intensidade da ofensa ocorrida. O desvalor da ação, por sua vez, deve ser analisado segundo o grau de probabilidade da conduta para a realização do evento.

A concorrência de ambos os critérios torna a conduta evidentemente irrelevante para fins penais. Assim, não poderiam ser considerados como bagatela, por exemplo, um delito levemente culposos, mas de graves consequências [sic], ou a tentativa de delito grave.

Finalmente, sobre a bagatela como princípio, Roxin<sup>450</sup> destaca que se

permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos

<sup>446</sup> TOLEDO, Francisco de Assis... Op. Cit., p. 134.

<sup>447</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 210.

<sup>448</sup> VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 58.

<sup>449</sup> Ibid., p. 61.

<sup>450</sup> ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Tradução Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 47-48.

penais: maus-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinosa no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por “violência” não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser “sensível”, para adentrar no marco da criminalidade. Se reorganizássemos o instrumentário de nossa interpretação dos tipos a partir destes princípios, daríamos uma significativa contribuição para diminuir a criminalidade em nosso país.

Retornando à intervenção mínima, seu caráter de subsidiário indica que o Direito Penal deve atuar apenas quando não for possível aos outros ramos do direito solucionar o problema apresentado, ou manter o controle social, sob pena de retirar a autonomia e liberdade do indivíduo, constituindo-se na *ultima ratio* (última opção ou *ratio* extrema), podendo se fazer uma analogia com a medicina na qual a cirurgia deve ser utilizada como último remédio para determinada doença, ou com a guerra como forma última de solução de um impasse entre duas nações. À subsidiariedade se liga a fragmentariedade, a indicar que o Direito Penal deve se ocupar das situações realmente graves, que ameaçam a sociedade, colocando em risco a segurança e à liberdade individual, com base em que se deve fazer a escolha da atuação penal, fornecendo seus limites mínimos, tudo isso relacionado ao bem jurídico e à ofensa a ele. O Direito Penal envolve um complexo de ilícitos que exige, quando indispensável este o meio de tutela jurídica.

Ao entender que a função do Direito Penal é restrita à tutela de bens jurídicos, escreveu Figueiredo Dias<sup>451</sup>:

a restrição da função do Direito Penal à *tutela de bens jurídico-penais*, por um lado, e o caracter [sic] *subsidiário* desta tutela em sintonia com o princípio da necessidade, por outro, conduzem à justificação de uma proposição político-criminal fundamental: a de que, para um eficaz domínio do fenómeno [sic] da criminalidade dentro de cotas socialmente suportáveis, o Estado e o seu aparelho formalizado de controle do crime devem intervir *o menos possível*; e devem intervir só na precisa medida requerida pelo asseguramento das condições essenciais ao funcionamento da sociedade. A esta proposição se dá o nome de princípio da não-intervenção moderada – corrigindo em parte o princípio da não-intervenção radical avançado por Schur -, que assim se arvora em trave-mestra de todo um novo programa de política-criminal.

<sup>451</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal...** Op. Cit., p. 61.

Sobre a fragmentariedade, e considerando a atuação excepcional do Direito Penal, pode-se dizer que, “em primeiro lugar, a identificação do *bem jurídico* como referencia da antijuridicidade material constitui um limite à atividade repressora do Estado”<sup>452</sup>. Considera-se, em tal caso, como já observado no início do presente capítulo, que somente bens jurídicos considerados fundamentais e imprescindíveis à vida social do homem merecem proteção penal, e isso em casos de graves e intoleráveis ataques.

Com isso se pode concluir que a utilização da pena, isto é, do Direito Penal em proteção de bens jurídicos, e na manutenção da paz social, somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social, “a pena deve ser proporcional à gravidade do desvalor da ação e do resultado, sempre considerando o grau de importância do bem jurídico em apreço”<sup>453</sup>.

Importa ainda, e por fim, a consideração sobre o caráter subsidiário do Direito Penal, vale dizer, quando deve ele realmente agir, ou seja, ter-se em conta que, se suas armas constituem, de fato, meios onerosos para direitos e liberdades das pessoas, “ele só pode intervir nos casos em que todos os outros meios de política social, em particular de política jurídica, se revelem insuficientes e inadequados”<sup>454</sup>. Do contrário, os meios civis, administrativos, dentre outros, devem-se mostrar suficientes para a tutela dos bens jurídicos.

se se puder entender o Direito Penal como instrumento subsidiário de controle social formal, voltado à proteção de interesses fundamentais dignos de tutela, ter-se-á como reflexo do conteúdo material do delito uma condição de vida que afeta a autonomia e o livre desenvolvimento do indivíduo no sistema social. A ideia de liberdade individual ou autonomia reflete, portanto, a base de justificação e legitimidade da intervenção jurídico-penal.<sup>455</sup>

Só se legitima a criminalização de um fato se a ela constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de consequências jurídicas demonstram ser suficientes para a tutela desse bem, a criminalização da conduta e, conseqüentemente, a atuação do Direito Penal é

---

<sup>452</sup> BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro... Op. Cit., p. 183.

<sup>453</sup> Ibid., p. 192.

<sup>454</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 78.

<sup>455</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore S... Op. Cit., p. 187.

incorreta, daí seu aspecto subsidiário:

a intervenção penal deve quedar reservada para hipóteses em que falharam outros mecanismos de defesa social. Ao Direito Penal não podemos atribuir, de maneira exclusiva ou principal, a tarefa de redução da criminalidade, que pode ser mais amplamente atendida ou diminuída por outros meios de controle social<sup>456</sup>.

Bianchini<sup>457</sup>, ao discorrer sobre a subsidiariedade, assevera que

[...] o princípio da intervenção mínima pode significar tanto a abstenção do Direito Penal de intervir em certas situações (seja em função do bem jurídico atingido, seja pela maneira com que veio a ser atacado) – o que lhe dá o traço fragmentário – como também a sua utilização em termos de último argumento.

Uma atuação totalitária do Direito Penal sobre todos os bens jurídicos, de forma a tutelá-los, poderia significar grave risco aos interesses do Direito e à liberdade. Figueiredo Dias<sup>458</sup> concebe o princípio da

não intervenção moderada, afirmando que, para um eficaz domínio do fenômeno da criminalidade dentro de cotas socialmente suportáveis, o Estado e o seu aparelho formalizado de controle do crime devem intervir o menos possível; e devem intervir só na precisa medida requerida pelo asseguramento das condições essenciais de funcionamento da sociedade.

Para Roxin<sup>459</sup>, a política criminal deve eleger os bens que merecem tutela penal e, desta forma, orientar a punibilidade, tendo por fim um ideal sistema social, almejando seu funcionamento justo e adequado, como um todo: “todos os elementos do crime têm uma função político-criminal a cumprir; seu conteúdo há, portanto, de ser preenchido de maneira a melhor cumprirem a função que lhes assiste”.

Segundo observa Batista<sup>460</sup>,

o princípio da intervenção mínima foi também produzido por ocasião do grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que mantivera o espírito minuciosamente abrangente das legislações medievais. Montesquieu tomava um episódio da história do direito romano para assentar que

<sup>456</sup> BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro... Op. Cit., p. 188-189.

<sup>457</sup> BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editor Revista dos Tribunais, 2002, p. 29.

<sup>458</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas...** Op. Cit., p. 81.

<sup>459</sup> ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Op. Cit., p. 62.

<sup>460</sup> BATISTA, Nilo... Op. Cit., p. 84-85.



“quando um povo é virtuoso, bastam poucas penas”; Beccaria advertia que “proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos”, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prescrevia que a lei não estabelece senão apenas “estrita e evidentemente necessárias” (artigo VIII).

Tobias Barreto percebera que “a pena é um meio extremo, como tal é também a guerra”. E, de fato, por constituir ela, como dizia Roxin, a “intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao Estado”, entende-se que o Estado não deva “recorrer ao Direito Penal e sua gravíssima sanção de existir a possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos não penais”, como leciona Quintero Olivares.

Por sua vez, Conde e Arán<sup>461</sup> escreveram, sobre o princípio da intervenção mínima, que

A absoluta autonomia do Direito Penal na configuração de seus efeitos não quer dizer que eles podem ser utilizados de qualquer forma, em sua qualidade e quantidade, para proteger bens jurídicos. Com o princípio da intervenção mínima se quer dizer que os bens jurídicos não só devem ser protegidos pelo Direito Penal, mas também diante do Direito Penal. Ou seja, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada são suficientes as medidas cíveis ou administrativas, são estas que devem ser usadas e não as penas. (tradução nossa).

Considerando-se um modelo mínimo de Direito Penal, inicialmente se devem selecionar os bens jurídicos realmente importantes a merecer a tutela penal, desenvolvendo-se uma política criminal nesse sentido, com o cuidado de não interferir em demasia na vida social, e tendo por base valores constitucionais, como destaca Bianchini<sup>462</sup>:

um Estado do tipo democrático e de direito, deve proteger, com exclusividade, os bens considerados essenciais à existência do indivíduo em sociedade. A dificuldade encontra-se exatamente, na identificação desta classe de bens. A determinação do que seria digno de tutela penal representa uma decisão política do Estado, que, entretanto, não é arbitrária, mas condicionada à sua própria estrutura. Em um Estado social democrático de direito, a eleição dos bens jurídicos haverá de ser realizada levando em consideração os

<sup>461</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes... Op. Cit., p. 77. No original: “La absoluta autonomía del Derecho penal en la configuración de sus efectos no quiere decir que éstos puedan ser empleados de cualquier modo, en su calidad y cantidad, para proteger bienes jurídicos. Con el principio de intervención mínima se quiere decir que los bienes jurídicos no solo deben ser protegidos por el Derecho penal, sino también ante el Derecho penal. Es decir, si para el restablecimiento de Orden jurídico violado es suficiente con las medidas civiles o administrativas, son éstas que deben emplearse y no las penales”.

<sup>462</sup> BIANCHINI, Alice... Op. Cit., p. 41.

indivíduos e suas necessidades no interior da sociedade em que vivem.

Em realidade, o Direito Penal mínimo se mostra uma forma contra o crescimento desmedido da criminalização das mais diversas condutas, uma hipertrofia do Direito Penal, de forma a torná-lo ineficiente sob a crença de que a criminalização leva a uma maior segurança: “no nosso século têm sido inúmeras as advertências sobre o esvaziamento da força intimidadora da pena como consequência da criação excessiva e descriteriosa de delitos”<sup>463</sup>.

O que deve nortear a atuação do Direito Penal é a proporcionalidade e a necessidade, tratando como ilícitos penais aqueles que atinjam valores realmente fundamentais, deixando os demais fatos para outros tipos de soluções que não a penal, o que nem sempre é fácil na prática, mas também não é impossível.

Não se justifica a atuação penal onde não existe lesão ou risco a um bem jurídico penalmente tutelado, ou que possa o conflito em questão ser solucionado por outras instâncias de caráter não penal, sendo que, novos casos, até então não enfrentados pelo Direito Penal, e que possam vir a aparecer com novos bens jurídicos a justificar a sua proteção de forma indispensável ao homem, podem justificar uma interferência penal.

Em defesa de um Direito Penal mínimo, afirma Bechara<sup>464</sup>:

portanto, mesmo a busca do ideal de segurança e eficácia deve limitar-se a partir da concepção de liberdade e direitos individuais, pois o excessivo intervencionismo em matéria penal implica a adoção de modelo político autoritário que impede o livre desenvolvimento e a autonomia do indivíduo. Então, se não se pode efetivamente exercer a liberdade sem uma certa segurança, de nada vale referida segurança sem que os indivíduos que compõem o grupo social possam exercer sua liberdade.

Assim, deve-se continuar a deixar ao Direito Penal o espaço de intervenção mínima imprescindível à convivência social harmônica.

Um Direito Penal mínimo deve ter por base os direitos humanos como forma de limitar a atuação do Estado e indicar o que o Direito Penal deve proteger, em prol de justiça social. Ainda assim, quando se pensar em Direito Penal deve ocorrer um amplo estudo e debate sobre a necessidade e a forma de sua atuação, com a participação dos sujeitos interessados e envolvidos, considerando-se os grupos

---

<sup>463</sup> LUISI, Luis... Op. Cit., p. 42.

<sup>464</sup> BECHARA, Ana Elisa Liberatore S... Op. Cit., p. 188-189.

dominantes e a diferença social existente em toda a história da humanidade, sendo que os valores daqueles que não pertencem a esses grupos devem ser reconhecidos, assim como seus direitos humanos. Deve ocorrer democracia na política de controle social, discutindo-se as necessidades reais, em especial quando se trata do Direito Penal.

Em tal sentido, sempre se deve preferir uma atuação não penal na solução de conflitos, ou até procurar uma maior participação das vítimas de ilícitos penais, em busca de uma composição, respeitando-se todos os envolvidos com suas garantias, evitando-se a pena criminal com as suas consequências já analisadas.

O início deste capítulo se deu como a análise da função do Direito Penal na proteção de bens jurídicos, passando-se pela pena, princípios penais, sistemas de Direito Penal, para se chegar ao Direito Penal mínimo, sendo que o texto se desenvolveu de encontro a este, demonstrando sua estreita relação com a proteção de bens jurídicos de forma subsidiária, contando com o auxílio de outros princípios, tendo em vista a violência da sanção e de outros sistemas de Direito Penal, a demonstrar que na proteção de direitos fundamentais, em especial, da liberdade e da igualdade, o Direito Penal ocupa posição de destaque, sendo indispensável dentro do que se considere coerente em sua atuação, em especial diante das novas formas sociais hoje existentes e dos avanços tecnológicos alcançados pelo homem.

Não se pode prescindir do Direito Penal como forma de controle social subsidiário, de acordo com uma intervenção mínima, protegendo bens jurídicos fundamentais, quer em relações entre indivíduos, como em relações deste com o Estado, como a questão da tutela do direito de igualdade contra ataques raciais promovidos pelo abusos da liberdade de expressão, por qualquer meio, como por exemplo a *Internet*, a qual, por suas características espaciais e temporais, acaba por ter maior amplitude, conforme se verá a seguir.

Com isto se verifica ainda que um direito fundamental pode vir a ter limites em outro, no presente caso, a liberdade de expressão não pode atingir a igualdade, reconhecidamente um bem jurídico a justificar a intervenção penal.

### 3 A GLOBALIZAÇÃO, A *INTERNET* E O DIREITO PENAL

Considerando-se o novo paradigma social, relacionado à sociedade de informação, o aparecimento da *Internet* é uma decorrência da evolução tecnológica, vindo ao encontro do Estado Moderno, do capitalismo e da globalização, constituindo-se em uma forma de informação e comunicação indispensável a todos eles.

Como restou demonstrado, a *Internet* constitui uma forma de comunicação mundial decorrente da tecnologia, podendo ser utilizada de forma saudável ou não. Neste último caso pode ser vista como mais um meio de se expressar e de se abusar dessa expressão atingindo direitos fundamentais como a igualdade, no caso de manifestações raciais, reclamando uma intervenção do Direito Penal, tendo em vista a possibilidade de lesionar um bem jurídico considerável indispensável para uma vida digna do homem.

Com suas características próprias, a rede mundial de computadores trouxe um novo paradigma de vida social, com inúmeros benefícios, mas, como não poderia deixar de ser, também apresentou uma nova forma para a prática de condutas indesejadas, em especial, ao que interessa a esse estudo, de condutas criminosas, passando a exigir uma análise do Direito Penal e de sua relação com os denominados cibercrimes, sendo este o objetivo deste capítulo: analisar o surgimento da *Internet*, suas características, sua interação com o Direito, os cibercrimes e a cibercriminalidade, além da necessidade de um novo Direito Penal “informático” e de novos tipos penais.

#### 3.1 O MODERNISMO E A *INTERNET*

O paradigma do Estado social existente promove uma redução das autonomias individuais à medida que se desenvolve o papel de intervenção e regulação estatal para se alcançar uma sociedade mais igualitária, em defesa de direitos entendidos como sociais. Foi ampliada a participação política e a estruturação de direitos:

a) participação política: por meio da representação, possibilitando uma maior interferência do cidadão, escolhendo seus representantes, cobrando-os, ocupando cargos públicos, organizando-se por meio de associações de diversas naturezas, diversidade de partidos políticos etc., tudo possibilitando a democracia, após diversas lutas sociais e políticas que se desenvolveram no decorrer da história, até o século XIX, consolidando-se no século seguinte;

b) aquisição e defesa dos direitos políticos: por meio da possível participação política do povo, ocorre uma ampliação dos direitos, bem como a sua defesa se torna mais possível.

A cidadania é definida por Marshal<sup>465</sup> como

[...] um status concedido àqueles que são membros integrais da comunidade. Todos aqueles que possuem o status são iguais em respeito aos direitos e obrigações pertinentes ao status. Não há nenhum princípio universal que determine o que estes direitos e obrigações serão, mas as sociedades nas quais a cidadania é uma instituição em desenvolvimento criam uma imagem de uma cidadania ideal em relação à qual o sucesso pode ser medido em relação à qual a aspiração pode ser medida.

Segundo Ianni<sup>466</sup>, após a Segunda Grande Guerra e, especialmente intensificado após o fim da guerra fria e a queda do bloco soviético, o capitalismo retoma sua expansão pelo mundo. O capital sofre uma metamorfose qualitativa e quantitativa ao adquirir novas possibilidades de reprodução. Seu espaço amplia-se além das fronteiras nacionais conferindo-lhe conotação mundial. A nova divisão internacional do trabalho e da produção, a flexibilização do processo produtivo, a terceirização (agilizados pela automação e robotização, a microeletrônica e a informatização), o surgimento das empresas transnacionais e multinacionais são reflexo destas novas alterações. As empresas transnacionais libertam-se das limitações inerentes aos Estados nacionais e dissolvem progressivamente o princípio da soberania que fundava tais Estados. As políticas neoliberais promovem a desestatização, a privatização e a desregulamentação das economias, tudo isso gerenciado pelos organismos multilaterais como FMI, Banco Mundial, OMC etc.

<sup>465</sup> MARSHAL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro, Zahar, 1967 *apud* LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito**: análise das mazelas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 110.

<sup>466</sup> IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

O neoliberalismo encontra nascimento, após a Segunda Grande Guerra Mundial, no capitalismo europeu e norte-americano. É, segundo elucida Anderson<sup>467</sup>, resultado de uma reação veemente, política e teórica, contra o Estado de Bem-Estar, intervencionista. A vitória ideológica do neoliberalismo assenta-se sobre a derrota das forças populares e das tendências de reestruturação capitalista.

Como observa Santos<sup>468</sup>, “a globalização é, de certa forma, o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista”. Assim, a internacionalização do capital também tem consequências sociais, uma vez que determinam a internacionalização da produção, fragmentada pelos mais diversos espaços geográficos da terra (busca-se o mais barato), os quais acabam por se transformar em um só.

As transnacionais atuam de acordo com interesses próprios, independentes, desconhecendo os governos locais.

Percebe-se que o capitalismo atuou como um processo racional: “a racionalização do mundo”. Tudo é calculado visando à eficácia, à produção e ao lucro. Essa racionalidade do capitalismo reflete e influencia o mundo moderno, organizando as relações sociais.

A discussão colocada sobre a globalização indica o capitalismo como sua forma de atuação. Em tal capitalismo ocorre uma dinâmica de produção, decorrente da competição de produção dos mais diversos locais, sempre tendo em vista os ganhos. Há ampliação e revolução da produção, quer dos meios, quer das pessoas envolvidas.

Com isso, as redes globais do mercado financeiro passam a dominar o poder real, acima inclusive do poder político nacional. O capital acaba concentrado, centralizado, influenciando todas as formas de organização de trabalho, de produção e de vida.

O lucro é procurado onde for possível. Para tanto, as transnacionais espalham-se pelo planeta, em busca de excelência de produção e também de mão-de-obra mais barata, encontrada em países de terceiro mundo. Isso acarreta preocupações de governantes, produtores menores, em busca de melhora de suas

---

<sup>467</sup> ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir (Org.). **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o estado democrático. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 09.

<sup>468</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 23.

condições (empreendimento) que, no entanto, pouco se preocupam com a distribuição do produto social.

Para Chomsky<sup>469</sup>,

num mundo constituído de Estados-nação, a arena pública é primordialmente governamental, em vários níveis. A democracia funciona na medida em que os indivíduos possam ter uma participação significativa na arena pública, ao mesmo tempo em que cuidam de seus próprios assuntos, individuais e coletivamente, sem intromissões ilegítimas por parte das concentrações de poder. Uma democracia que funciona pressupõe uma relativa igualdade de acesso aos recursos – materiais, informacionais e outros –, um truísmo tão velho quanto Aristóteles. Em teoria, os governos são instituídos para servir ao seu “público interno” e devem se sujeitar à sua vontade.

No entanto, a realidade atual é outra. O declínio do Estado e da soberania coloca em risco as conquistas no plano político-jurídico obtidas no seio do Estado Moderno.

A transnacionalização da esfera política com a globalização econômica, ou seja, quando a política perde seu referencial espacial delimitado, transcendendo as fronteiras do Estado-nação, desterritorializando-se, leva ao declínio da participação política (dos direitos também)<sup>470</sup>.

As decisões da política local estão mais atreladas às esferas mundializadas, com consequente diminuição da participação popular no palco político.

A globalização pode impor restrições ou limites à participação política e às conquistas jurídicas.

Como observa Santos<sup>471</sup>,

há um verdadeiro retrocesso quanto à noção de bem público e de solidariedade, do qual é emblemático o encolhimento das funções sociais e políticas do Estado com a ampliação da pobreza e os crescentes agravos à soberania, enquanto se amplia o papel político das empresas na regulação da vida social.

O poder do Estado diminui e, com isso, a democracia resta abalada, diminuindo a participação política dos cidadãos (retraimento da esfera política).

<sup>469</sup> CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas**: liberalismo e ordem global. Rio de Janeiro: Bertrand, 2006, p. 143.

<sup>470</sup> Ibid.

<sup>471</sup> SANTOS, Milton... Op. Cit., p. 38.

A crise que envolve o Estado enfraquece suas decisões, o controle do capital não é mais nacional. “A liberdade dos modernos diz respeito à liberdade do indivíduo à custa de sua participação política”<sup>472</sup>.

Essa liberdade deveria implicar na democracia representativa: poder de eleger e direito de reclamar ao eleito. No entanto, frente à liberdade moderna da globalização, o eleito curva-se ao poder econômico, deixando de ouvir seu eleitor, ou seja, o cidadão perde participação política (o que levará à perda de direitos relacionados à cidadania), de forma que acaba por prevalecer os interesses de classes dominantes, com maior poder financeiro.

O próprio “eleger” resta prejudicado diante dos interesses globalizados de colocar no poder os que atendam ao interesse das classes econômicas dominantes, que buscam igualdade de dominação mundial.

Como observa Bourdieu<sup>473</sup>,

o programa neoliberal tende assim a favorecer globalmente a ruptura entre economia e as realidades sociais, e a construir desse modo, na realidade, um sistema econômico ajustado à descrição teórica, isto é, uma espécie de máquina lógica, que se apresenta como uma cadeia de constrangimento enredando os agentes econômicos.

Como instrumento de pressão sobre os governos, surgem organizações como o FMI e o Banco Mundial, as quais apresentam possibilidades de auxílio financeiro, ao mesmo tempo que interferem na política local, provocando as desigualdades sociais em busca dos ideais neoliberais. Assim deixam o cidadão cada vez mais longe de sua representação e de tal forma o enfraquecendo, a fim de evitar possíveis reações.

O poder de decisão do Estado é viciado pelas vontades de tais organizações, as quais atendem a uma vontade maior, neoliberal, das transnacionais. Como se falar em democracia?

Observa Lima<sup>474</sup> que

as organizações internacionais, bem como as empresas transnacionais estabeleceram o primado da ausência das regulações estatais no mercado global em detrimento da política dos Estados, esvaziando a esfera pública, banalizando a participação política e os

<sup>472</sup> LIMA, Abili Lázaro Castro de... Op. Cit., p. 207.

<sup>473</sup> BORDIEU, Pierre. **Contrafogos**: táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 213-214.

<sup>474</sup> LIMA, Abili Lázaro Castro de... Op. Cit., p. 221.



direitos decorrentes da cidadania conquistados no âmbito do Estado-nação.

Se aquilo que os cidadãos entendem como necessário a eles, caso não corresponda aos interesses transnacionais, de nada valem.

As decisões locais devem atender aos interesses econômicos internacionais, enfraquecendo o poder e a política local.

O Consenso de Washington leva a um novo contrato social mundial, com os países capitalistas mais fortes em seu centro. Com isso fica possibilitada a inclusão e a exclusão de tal contrato, gerando uma consequente perda de direitos dos cidadãos.<sup>475</sup>

Com isso a política passa a pertencer às transnacionais (o poder de decisão). Como observa Souza Santos<sup>476</sup>,

a política agora é feita no mercado. Só que esse mercado global não existe como ator, mas como ideologia, um símbolo. A política, por definição, é sempre ampla e supõe uma visão de conjunto. Ela apenas se realiza quando existe a consideração de todos e de tudo. Quem não tem uma visão de conjunto não chega a ser político. E não há política apenas para os pobres, como não há apenas para os ricos. A eliminação da pobreza é um problema estrutural. Fora daí o que se pretende é encontrar formas de proteção a certos pobres e a certos ricos, escolhidos segundo interesses dos doadores. Mas política tem de cuidar do conjunto de realidades e do conjunto de relações. Nas condições atuais, e de um modo geral, estamos assistindo à não-política, isto é, à política feita pelas empresas, sobretudo as maiores.

As sociedades perdem suas características particulares, pois o interesse individual é deixado de lado, o que aumenta as desigualdades e leva à exclusão social, acarretando o isolamento das pessoas.

Bordieu<sup>477</sup> afirma que “o Estado se retirou, ou está se retirando, de um certo número de setores da vida social que eram de sua incumbência e pelos quais era responsável: a habitação pública, a televisão e rádio públicas, a escola pública, os hospitais públicos etc.”. Com isso, continua o autor,

tem-se a impressão, hoje, de que o cidadão, sentindo-se repellido para fora do Estado (que, no fundo, não lhe pede nada, além de

<sup>475</sup> SOUZA SANTOS, Boaventura de. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel Sarmento; IKAMA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>476</sup> Ibid., p. 67-68.

<sup>477</sup> BORDIEU, Pierre... Op. Cit., p. 10.

contribuições materiais obrigatórias, e principalmente não solicita devotamento nem entusiasmo), repele o Estado, tratando-o como uma potência estrangeira que ele utiliza do melhor modo para os seus interesses.<sup>478</sup>

Necessário abrir um parêntese antes que se prossiga com os demais tópicos propostos, o de que, diante da globalização, os direitos fundamentais também sofrem uma mudança de paradigma, pois passa-se do local para o global, ou do específico para o geral, de forma a se ter direitos fundamentais envolvendo culturas diferentes, exigindo um consenso sobre o que se deve entender como indispensável em termos máximos ou mínimos, para a dignidade humana e o caráter universal dos direitos humanos.

Diante dessa nova realidade mundial, observa Souza Santos<sup>479</sup> que se devem buscar

condições que permitem conferir aos direitos humanos, tanto o escopo global, como a legitimidade local, para fundar uma política progressista de direitos humanos concebidos como energia e a linguagem de esferas públicas locais, nacionais e transnacionais, atuando em rede para garantir novas e mais intensas formas de inclusão social.

Ressalte-se que os direitos fundamentais e o aumento dos riscos diante de novas realidades, de forma a poder influenciar a atuação estatal, em especial no que tange ao Direito Penal, foram objeto de análise em capítulos anteriores, de forma que se prosseguirá tratando dos avanços tecnológicos e da *Internet*, sem necessariamente realizar nova análise racional desses temas, mas sim discutindo-se a efetiva atuação do Direito Penal diante desse meio tecnológico que pode ser utilizado para se lesionar bens jurídicos fundamentais do ser humano.

### 3.1.1 Os avanços tecnológicos e o surgimento da *Internet*

A tecnologia tem um grande avanço, em especial no setor de informática, cibernética e eletrônica, com reflexos na tecnologia de informação, justamente no

<sup>478</sup> Ibid., p. 13.

<sup>479</sup> SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Para uma concepção intercultural dos direitos humanos...** Op. Cit., p. 08.

período em que o capitalismo atinge status mundial, conforme já discorrido. Novos materiais foram descobertos, os satélites passaram a controlar, dos céus, a vida terrestre, as finanças e o comércio ganharam velocidade e espaço com os computadores, reduzindo as distâncias, além de diversos outros avanços.

Provavelmente a globalização iria ocorrer de qualquer forma, mas nada foi mais propício que o desenvolvimento das técnicas de informação, justamente por aqueles que tinham o poder econômico, de forma a poderem direcionar seus objetivos e manipular a maioria da humanidade.

Nas palavras de Santos<sup>480</sup>,

estamos diante de um novo ‘encantamento do mundo’, no qual o discurso e a retórica são o princípio e o fim. Esse imperativo e essa onipresença da informação são insidiosos, já que a informação atual tem dois rostos, um pelo qual ela busca instruir, e um outro, pelo qual ela busca convencer.

A comunicação eletrônica é um importante instrumento de imposição dos grupos dominantes, mas a “mídia global não é monopolítica”; existem diferentes divergências locais, nacionais, culturais, religiosas etc. Mesmo assim, a aldeia global direciona as representações mediante uma rede de comunicações, interligando as mais diversas aldeias em um mesmo conjunto de símbolos e linguagens, desterritorializando o que tocar – generalização cultural. Para tanto, a informatização é indispensável, e traça o roteiro a ser seguido, de acordo com seu domínio. É a globalização da mídia funcionando como a metáfora da “mão invisível”, sob nova ótica: a do neoliberalismo.

De qualquer forma não se tem dúvida de que o capitalismo depende e muito da moderna tecnologia informática.

O computador talvez tenha sido uma das grandes invenções, representando as técnicas de informação, mas, sem dúvida, a maior criação humana foi a *Internet*.

Quando foi fabricado o primeiro computador, no ano de 1945, na Universidade da Pensilvânia, EUA<sup>481</sup>, o qual, para os padrões atuais, de nada serviria, pois era lento e com pouca capacidade de armazenar informações, mas que, na época, era de uma modernidade assustadora, talvez jamais se tenha

<sup>480</sup> SANTOS, Milton... Op. Cit., p. 39.

<sup>481</sup> KOWALTOWSKI, Tomasz. **John von Neumann**: Suas Contribuições à Computação. Contexto histórico. Disponível em: <<http://www.ic.unicamp.br/~tomasz/projects/vonneumann/node2.html>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

imaginado que fosse atingir o estágio em que a informática se encontra hoje, e muito menos que existiria uma rede interligando vários computadores no mundo todo, como é a *Internet*.

Deixando de lado a questão do aparecimento do primeiro computador e todos os avanços que se seguiram, e partindo já para a análise da *Internet* no presente estágio de sua evolução, constata-se, antes, que a ideia de uma rede de computadores veio a surgir somente no ano de 1969, durante a guerra fria, nos Estados Unidos<sup>482</sup>. Preocupados com um eventual ataque nuclear, os americanos se dispuseram a preparar um sistema de telecomunicações que não se interrompesse caso isso ocorresse, e, tal como diversos outros avanços tecnológicos, a exemplo dos modernos aparelhos de mamografia, surgiu essa rede em decorrência de experiências militares.

Alguns estudiosos, a exemplo de Rodrigues<sup>483</sup>, observam que, já no ano de 1958, os Estados Unidos tinham criado a *Advanced Reserch Agency* (ARPA), com a intenção de não ficar atrás da Rússia no desenvolvimento tecnológico, sendo que foi isso que levou ao início da *Internet*.

De acordo com Paesani<sup>484</sup>, a *Internet* decorreu de um projeto militar, elaborado pelo Departamento de Defesa norte-americano, visando um “sistema de telecomunicações que garantisse que um ataque nuclear russo não interrompesse a corrente de comando dos Estados Unidos”. E segue a citada autora explicando que

a solução aventada foi a criação de pequenas redes locais (LAN), posicionadas nos lugares estratégicos do país e coligadas por meio de redes de telecomunicação (WAN). Na eventualidade de uma cidade vir a ser destruída por um ataque nuclear, essa rede de redes conexas – *Internet*, isto é *Inter Networking*, literalmente, coligação entre redes locais distantes, garantiria a comunicação entre as remanescentes cidades coligadas.<sup>485</sup>

No ano de 1971, Ray Tomlinson criou o primeiro programa de comunicação entre computadores, tendo ele alcançado esse feito valendo-se de programas desenvolvidos pela ARPA, os quais já eram utilizados por outros pesquisadores dessa agência.<sup>486</sup>

<sup>482</sup> PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2000.

<sup>483</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva... Op. Cit.

<sup>484</sup> PAESANI, Liliana Minardi.. Op. Cit., p. 25.

<sup>485</sup> Ibid., p. 25.

<sup>486</sup> CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet**... Op. Cit.

Posteriormente, no ano de 1973, a Universidade da Califórnia, nos Estados Unidos, desenvolveu e adaptou o projeto militar inicial, possibilitando que *networks* diferentes realizassem comunicação entre si, registrando o protocolo como *Controle de Transmissão*.<sup>487</sup>

Mas o instrumento que deu à grande rede sua atual face foi o *World Wide Web*, ou *www*, criado no ano de 1989 pelo Laboratório Europeu de Física de Altas Energias, com sede em Genebra, e que é composto por hipertextos, ou seja, documentos cujo texto, imagem e sons são evidenciados de forma particular e podem ser relacionados com outros documentos<sup>488</sup>. Desta forma, pode-se acessar o que se quiser na rede, sem o conhecimento real do seu funcionamento.

Sobre o *World Wide Web*, observa Rodrigues<sup>489</sup> que

Tim Berners-Lee criou, em 1994, a *World Wide Web Consortium* (W3C) com a ajuda e suporte financeiro do *U.S. Defense Advanced Research Project Agency* (DARPA) e com a coordenação da *Information Infrastructure Technology and Applications Working Group of High Performance Computing and Communications Programs* com vista a liderar a *Internet* para dela retirar todas as suas potencialidades. Foi no mesmo ano que nasceu a *World Wide Web* (WWW), em virtude de ter sido criado por Tim Berners-Lee o primeiro servidor e o primeiro browser.

Por meio do *World Wide Web* a navegação pela rede mundial de computadores tornou-se possível, juntamente com um *browser*, o qual nada mais é do que um programa de computador que transforma sua linguagem numérica em formas compreensíveis ao homem para se comunicar.

No ano de 1998 surgiu a *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) como sendo um órgão internacional sem intenção de lucro, o qual é responsável pelo *Internet Protocol* (IP), *adress space aloocation*, *protocol identifier assignment generic* (gTLD) e *country code* (CCTLD), *Top-Level Domain Name System management* e *root server system management functions*<sup>490</sup>. Com tal função se permite que todos os usuários da *Internet* tenham acesso ela por meio de endereços válidos, sendo que cada computador ligado à rede tem um único endereço de IP válido.

---

<sup>487</sup> Ibid.

<sup>488</sup> PAESANI, Lílana Minardi.. Op. Cit.

<sup>489</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva... Op. Cit., p. 44-45.

<sup>490</sup> Ibid.

A ICANN apresenta os seguintes objetivos, de acordo com Rodrigues<sup>491</sup>: “i) a preservação da operacional estabilidade da *Internet*; ii) a promoção da competitividade; iii) a representação da comunidade global da *Internet*; iv) desenvolvimento de políticas consensuais”. Citado organismo

é responsável pela coordenação dos elementos técnicos do DNS para assegurar uma resolução universal, de forma a permitir a todos os utilizadores encontrarem os endereços válidos. Esse intento é conseguido à custa da distribuição de um único identificador usado nas operações da *Internet* e delegação do *Top-Level Domain* *namos* (.com; .info,etc.) O *DNS – Domain Name System* permite aos utilizadores encontrarem os caminhos ao longo da *Internet*, dado que cada computador da *Internet* tem um único endereço denominado “*IP address*”.

Importante ressaltar a opinião de outros autores como Castells<sup>492</sup>, para o qual o nascimento da *Internet* tem uma versão um pouco diferente. Entende esse autor que

a *Arpanet*, a principal fonte do que viria a ser afinal a *Internet*, não foi uma consequência [sic] fortuita de um programa de pesquisa que corria em paralelo. Foi prefigurada, deliberadamente projetada e subsequente [sic] administrada por um grupo determinado de cientistas da computação que compartilhavam uma missão que pouco tinha a ver com estratégia militar. Enraizou-se num sonho científico de transformar o mundo através da comunicação por computador, embora alguns dos participantes do grupo se satisfizessem em simplesmente promover boa ciência computacional.

Sob o ponto de vista de Castells<sup>493</sup>, a segurança citada como motor propulsor da rede mundial de computadores, não foi sua real razão:

dizer que a *Arpanet* não foi um projeto de orientação militar não significa negar que suas origens no Departamento de Defesa tenham sido consequências [sic] para o desenvolvimento da *Internet*. A despeito de toda a visão e de toda a competência que manifestaram em seu projeto, esses cientistas jamais teriam podido dispor do nível de recursos necessários para construir uma rede de computadores e para projetar todas as tecnologias apropriadas. A Guerra Fria forneceu um contexto em que havia forte apoio popular e governamental para o investimento em ciência e tecnologia de ponta, particularmente depois que o desafio do programa espacial soviético tornou-se uma ameaça à segurança nacional dos EUA.

<sup>491</sup> Ibid., p. 46.

<sup>492</sup> CASTELLS, Manuel. **A galáxia da *Internet*...** Op. Cit., p. 21.

<sup>493</sup> Ibid., p. 22.

De qualquer forma, verifica-se é que a *Internet* teve origem não-comercial, atrelada a instituições governamentais, acadêmicas e de pesquisa, além do que decorreu de inovações tecnológicas, sociais, econômicas e políticas.

Hoje, a *Internet* se transformou, de acordo com o interesse de cada um, em meio de comunicação ou de pesquisas, para fim de transmissão de dados, interligando uma quantidade enorme de computadores pelo mundo todo, acabando praticamente com o que até então se considerava como distância de espaço e tempo. Ela não tem proprietário, não é especificamente um serviço comercial, apesar de servir para o comércio, e não é patrocinada por ninguém.

Schmidt<sup>494</sup> chega a afirmar que a “*Internet* é a primeira coisa que a humanidade criou e não entende, a maior experiência de anarquia que jamais tivemos”.

O fenômeno da informatização já se encontra postado em nosso mundo, caminhando a *Internet* nesse mesmo sentido, chegando até a pessoas menos favorecidas financeiramente, com acesso à rede, por meio das escolas e associações de bairro, podendo-se falar atualmente em verdadeiras comunidades virtuais de conhecimento, ou democracia telemática. A democracia, porém, só se cria e se sustenta com o Direito.

A *Internet*, como uma rede mundial de computadores, conectou e interligou os países, como se fosse um só, apresentando um crescimento diário jamais pensado.

O seu crescimento foi assustador. O espaço e o tempo foram fragmentados, agilizando, desde a comunicação até o mercado, falando-se em fim das fronteiras territoriais. Não se tem uma noção real do ponto a que se pode chegar, tendo em vista o que já se construiu em termos de avanço tecnológico, mas é certo que tudo se desterritorializa e se territorializa muito rápido.

A distribuição da informação obriga que os sistemas estejam interligados pela *Internet*, criando-se, assim, comunidades virtuais de conhecimento, falando-se até em uma “cibercultura” (título, inclusive, de um livro do autor Pierre Lévy<sup>495</sup>).

Para alguns, já se pode falar em ciberespaço, como é o caso de Lessig<sup>496</sup>: “alguns acreditam estar em uma comunidade quando se encontram no ciberespaço;

---

<sup>494</sup> SCHMIDT, Eric *apud* CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 07. (Sem informações sobre a obra citada).

<sup>495</sup> LÉVY, Pierre... Op. Cit.

outros confundem sua existência aí com suas próprias vidas” (tradução nossa). E prossegue tal autor:

trata-se em parte de uma diferença geracional. A maioria dos que passamos os quarenta reconhecemos a existência de *Internet*, mas não a do “ciberespaço”, pois não levamos uma vida *on line* que mereça o qualificativo de vida no “ciberespaço”. Para os nossos filhos, pelo contrário, o ciberespaço supõe cada vez mais uma segunda vida. (tradução nossa).<sup>497</sup>

O fenômeno da informatização, hoje já consolidado em sociedade, passou a ter ainda maior importância nos últimos anos, dado o fácil e livre acesso do público à *rede mundial de computadores*, além das consequências trazidas pela globalização, e as classes dominantes já perceberam isso, conforme observa Castells<sup>498</sup>:

a cultura da *Internet* é uma cultura feita de uma crença tecnocrática no progresso dos seres humanos através da tecnologia, levado a cabo por comunidades de hackers que prosperam na criatividade tecnológica livre e aberta, incrustada em redes virtuais que pretendem reinventar a sociedade, e materializada por empresários movidos a dinheiro nas engrenagens da nova economia.

Tal observação leva a acreditar que, por meio do poder econômico, se assume o controle da rede mundial de computadores, podendo direcioná-la de acordo com os mais diversos interesses, sendo o centro dessa nova cultura. Existe uma transição da sociedade puramente industrial para uma sociedade digital, onde a independência das pessoas deveria ser maior nesse mundo imaterial de comunicações.

Castells<sup>499</sup>, por sua vez, verifica que o lucro e a competição é que impulsionam os avanços tecnológicos no sentido do que ele chamou de informacionalismo, em que a economia global tem outra base, mostrando-se em um novo modelo, de cunho digital, virtual, nos moldes da *Internet*, cujo controle é buscado de forma incessante pelos empresários industriais que moldam o mundo

<sup>496</sup> LESSIG, Laurence. **Código 2.0**. Madri: Traficantes de Sueños, 2009, p. 43. No original: “Algunos creen estar en una comunidad cuando se hallan en el ciberespacio; otros confunden su existencia allí con sus propias vidas”.

<sup>497</sup> Ibid., p. 43. No original: “Se trata, en parte, de una diferencia generacional. La mayoría de los que hemos rebasado la cuarentena reconocemos la existencia de Internet, pero no así la del ‘ciberespacio’, pues no llevamos una vida online que merezca el calificativo de vida en el ‘ciberespacio’. Para nuestros hijos, en cambio, el ciberespacio supone cada vez más una segunda vida”.

<sup>498</sup> CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet...** Op. Cit., p. 53.

<sup>499</sup> Id. **A sociedade em rede...** Op. Cit.



virtual de acordo com seus interesses, uma vez que este possibilita as mais diversas formas de interação social.

Com a globalização, cidadãos se transformam em consumidores, apenas, de acordo com Ianni<sup>500</sup>:

aos poucos, o consumismo se constitui em outra esfera de dinamização das ações, relações, instituições e organizações sociais, em escala local, nacional, regional e mundial. No âmbito do consumismo é que se desenvolve a sociedade de consumo, a sociabilidade consumista, em que indivíduos e multidões imaginam que estão realizando cidadania, confundindo a liberdade e a igualdade de consumidores com os direitos do cidadão.

Ressalta Santos<sup>501</sup> que a “globalização mata a noção de solidariedade, devolve o homem à condição primitiva do cada um por si e, como se voltássemos a ser animais da selva, reduz as noções de moralidade pública e particular a um quase nada”.

Observa Chomsky<sup>502</sup> que, modernamente, se entende que os governados se limitam a participar da escolha dos governantes, após o que devem assumir uma postura de expectador (na área econômica não deve ter qualquer participação).

Perde-se, então, a condição de cidadão e adquire-se a de consumidor, o qual tem sua participação política quase anulada e começa a buscar a satisfação pessoal, somente. O cidadão como visto por Vieira<sup>503</sup>, que, além de direitos civis, individuais deve “também ter acesso à decisão política, ser um possível governante, um homem político”, ser central do direito e o Estado Democrático deixa de existir. Com isso a democracia resta abalada.

Os mais diversos autores constataam a perda da cidadania e da participação política, como Hobsbawm<sup>504</sup>:

essa evolução do mercado destrói a base dos procedimentos políticos. O estabelecimento de uma relação direta entre o ponto mais baixo do sistema, o consumidor, e o ponto mais alto, o responsável pelas decisões políticas, não deixa nenhum espaço para a essência da política, definida por Habermas como a organização da “esfera pública” na qual as pessoas articulam suas opiniões e se

<sup>500</sup> IANNI, Octavio... Op. Cit., p. 158.

<sup>501</sup> SANTOS, Milton... Op. Cit., p. 65.

<sup>502</sup> CHOMSKY, Noam... Op. Cit.

<sup>503</sup> VIEIRA, Listz. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro, Record, 1998, p. 37.

<sup>504</sup> HOBBSAWM, Eric. **O novo século**. Entrevista concedida a Antônio Polito. Tradução do italiano para o inglês Allan Cameron. Tradução do inglês para o português em cotejo com a edição italiana Claudio Marcondes. São Paulo: Companhia das letras, 2000, p. 11-13.

unem para alcançar objetivos coletivos. Isto, em outras palavras, é tudo o que até agora entendemos por política nas sociedades liberais e democráticas.

Por sua vez, Santos<sup>505</sup> observa que

nas condições atuais, o cidadão do lugar pretende instalar-se também como cidadão do mundo. A verdade, porém, é que o “mundo” não tem como regular os lugares. Em consequência, a expressão cidadão do mundo torna-se um voto, uma promessa, uma possibilidade distante.

E continua Santos<sup>506</sup> afirmando que “ser ‘cidadão de um país’, sobretudo quando o território é extenso e a sociedade muito desigual, pode constituir apenas uma perspectiva de cidadania integral a ser alcançada nas escalas subnacionais, a começar pelo nível local”.

Essa perda de cidadania leva ao individualismo. Ocorre uma somatória do consumismo com o individualismo (globalização econômica com cultural), em detrimento da democracia, favorecendo o mercado, a venda, o lucro, as transnacionais. Somente aqueles com condições de consumir participam desse mercado. Fala-se no novo cidadão globalizado, o consumidor.

Paesani<sup>507</sup> destaca a opinião de um cientista político: “segundo estudo do cientista político Norman Nie, da Universidade de Satanford (São Francisco), a *Internet* está criando uma nova e grande onda de isolamento social, introduzindo o espectro de um mundo fragmentado, sem contato humano nem emoções”.

Em sua obra *Geopolítica do Caos*, Ramonet<sup>508</sup> ressalta que

inúmeros cidadãos têm a impressão de que os verdadeiros senhores do mundo não são aqueles que detêm as aparências do poder político e de que, praticamente, a totalidade dos chefes de Estado está superada pelos acontecimentos e não parece estar à altura de enfrentar a crise – aliás, muitos não chegam a identificar os contornos da mesma.

Tal observação final é tanto quanto mais grave, pois indica o “pensar em si próprio”, sem ter noção da realidade que cerca o indivíduo, o que dificulta ainda mais uma luta pela retomada da cidadania.

<sup>505</sup> SANTOS, Milton... Op. Cit., p. 113.

<sup>506</sup> Ibid., p. 113.

<sup>507</sup> PAESANI, Lílilana Minardi.. Op. Cit., p. 27.

<sup>508</sup> RAMONET, Ignácio. **Geopolítica do caos**. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 153.

Analisa Lima<sup>509</sup> que

em resumo, a partir das teorizações anteriormente vistas, na globalização, o indivíduo viveria num mundo onde as fronteiras dos Estados teriam perdido o significado, onde não haveria discriminação em relação à origem dos indivíduos, onde todos seriam vistos como “iguais”, buscando a satisfação de suas necessidades próprias, cujo ideal seria o consumo e que geraria um mero súdito apático no que tange ao âmbito político-administrativo.

Prossegue citado autor dizendo que “em outras palavras, o pré-requisito para tornar-se cidadão no mundo globalizado e de ter condições de consumir, peculiaridade que é por si só eloqüente [sic] para demonstrar seu caráter segregador”<sup>510</sup>.

O neoliberalismo se apresenta como único modelo a ser observado pelos governos, como pensamento único, mas que na verdade afeta a participação política e a cidadania, pois seu objetivo é apenas econômico. A democracia neoliberal,

em vez de cidadãos, ela produz consumidores. Em vez de comunidades, produz shopping centers. O que sobra é uma sociedade atomizada, de pessoas sem compromisso, desmoralizadas e socialmente impotentes. Em suma, o neoliberalismo é o inimigo primeiro e imediato da verdadeira democracia participativa, não apenas nos Estados Unidos, mas em todo o planeta, e assim continuará no futuro previsível.<sup>511</sup>

A *Internet*, como produto e ferramenta da globalização e do capitalismo, de certa forma favorece ainda mais esse individualismo, pois permite que as pessoas se isolem cada vez mais em seus lares, de onde, via computador, podem acessar o mundo todo. Trata-se de um novo modelo social.

Como observa Lessig<sup>512</sup>,

conforme a *Internet* se integra à vida cotidiana, ela provoca mudanças. Algumas dessas mudanças são técnicas — a *Internet* tornou a comunicação mais rápida, diminuiu o custo da obtenção de informações e assim por diante. Essas mudanças técnicas não são o foco desse livro. Elas são importantes e não são muito bem compreendidas. Mas elas são o tipo de coisa que simplesmente desaparece se todos nós nos desconectarmos da *Internet*.

<sup>509</sup> LIMA, Abili Lázaro Castro de... Op. Cit., p. 252.

<sup>510</sup> Ibid., p. 252.

<sup>511</sup> CHOMSKY, Noam... Op. Cit., p. 12.

<sup>512</sup> LESSIG, Laurence. **Cultura livre**: como a mídia usa a tecnologia e a lei para barrar a criação cultural e controlar a criatividade. São Paulo: Trama, 2005, p. 07.

Outras mudanças não são técnicas, mas sim sociais. O trabalhar, o consumir, o se relacionar se torna cada vez mais impessoal e, por diversas “facilidades” apresentadas pela rede mundial de computadores, o mundo ao alcance das mãos, o ser humano não se dá conta disso. Por tal entendimento, a manipulação do cidadão pelo Estado tende a diminuir, pois a troca de informações é quase imediata, sem a barreira espaço e tempo, podendo até se pensar em um contrapoder.

Aquele que não tiver acesso à *Internet* se torna cada vez mais excluído, pois o mundo globalizado exige qualificação maior no emprego, ao mesmo tempo que procura maior faturamento. A vida se relaciona cada vez mais ao acesso a um computador e à interligação deste com outras máquinas.

“Individualização significa, primeiro, a desincorporação, e, segundo, a reincorporação dos modos de vida da sociedade industrial por outros novos, em que os indivíduos devem produzir, representar e acomodar suas próprias biografias”<sup>513</sup>.

Com isso pode ocorrer um isolamento social, em que conversas pessoais são trocadas por mensagens de texto (e-mails), aulas presenciais por videoconferências, novas fantasias são vividas virtualmente.

As relações sociais dependem cada vez mais da *Internet*, quer nas relações de trabalho, como nos estudos e contatos familiares.

Claro que existem os pontos positivos, e não são poucos, além dos já observados como a diminuição da manipulação estatal. Familiares que há muito não se comunicam agora possuem uma nova ferramenta para tanto. As comunidades surgidas na grande rede possibilitam a aproximação de pessoas com interesses em comum, as quais, talvez, nunca teriam a chance de conversar. A publicização das relações entre o Estado e cidadãos, dentre outras.

Por outro lado, o contato físico com os familiares pode ficar cada vez mais distante, o que pode levar aos mais diversos problemas de relacionamento.

Sobre essas questões, Castells<sup>514</sup> não concorda com o suposto isolamento ou individualismo que essa nova tecnologia pode acarretar, sob o argumento de que as pesquisas até então realizadas não indicam em tal sentido:

contrariando alegações de que a *Internet* seria ou uma fonte de comunitarismo renovado ou uma causa de alienação do mundo real,

<sup>513</sup> BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott... Op. Cit., p. 24.

<sup>514</sup> CASTELLS, Manuel. **A galáxia da *Internet***... Op. Cit., p. 100-101.

a interação social na *Internet* não parece ter um efeito sobre a configuração da vida cotidiana em geral, exceto por adicionar interação on-line às relações sociais existentes.

Prossegue citado autor observando que “se alguma coisa pode ser dita, é que a *Internet* parece ter um efeito positivo sobre a interação social, e tende a aumentar a exposição a outras fontes de informação”<sup>515</sup>.

No entanto, o próprio Castells<sup>516</sup> constata que “nesse novo mundo de mudanças confusas e incontroladas, as pessoas tendem a reagrupar-se em torno de identidades primárias: religiosas, étnicas, territoriais, nacionais”. Isso significa que

a identidade está se tornando a principal e, às vezes, única fonte de significado em um período histórico caracterizado pela ampla desestruturação das organizações, deslegitimação das instituições, enfraquecimento de importantes movimentos sociais e expressões culturais efêmeras.<sup>517</sup>

Chama a atenção, Castells<sup>518</sup>, que “nossas sociedades estão cada vez mais estruturadas em uma posição bipolar entre Rede e Ser”. Esse Ser é novo, mais individual e tecnológico, com uma identidade, uma cultura, valores diferentes.

Talvez para muitos a *Internet* não tenha trazido grandes mudanças no dia-a-dia, ainda, mas percebe-se que isso pode vir a ser uma tendência a partir do momento em que o computador passa a ser cada vez mais necessário, tendo em vista serviços que apenas ou com mais constância, são disponibilizados pela *Internet*, como inscrições em cursos, movimentações bancárias, acesso a livros e músicas, pesquisas diversas, declarações de imposto de renda, dentre um universo infinito, tudo ao alcance das mãos.

Uma coisa é certa, como já demonstrado, o individualismo tem suas bases na globalização, sendo uma tendência desse novo paradigma movido pelo capital, que levou ao declínio do Estado, pois alguns valores restam fragilizados, como a família ou a crença na esfera pública, com o que a tecnologia somente vem a somar, e no caso da *Internet*, a possibilitar um acesso a novas formas de relacionamento já fundado no individualismo dominante, ou funcionar como mais uma forma, um instrumento que se soma a uma realidade social já existente.

---

<sup>515</sup> Ibid., p. 102.

<sup>516</sup> Id. **A sociedade em rede...** Op. Cit., p. 41.

<sup>517</sup> Ibid., p. 41.

<sup>518</sup> Ibid., p. 41.

Com isso, um novo modelo social emergiu, envolvendo redes sociais e computadores e individualismo, o qual parece ser imutável, a princípio, e com o qual se terá que acostumar e trabalhar. Castells<sup>519</sup> ressalta que

os processos de mudança social conflitiva na Era da Informação giram em torno de lutas para transformar as categorias de nossa existência mediante a formação de redes interativas como formas de organização e mobilização. Essas redes, que emergem da resistência de sociedades locais, visam superar o poder de redes globais, reconstruindo assim o mundo a partir de baixo. A *Internet* fornece a base material que permite a esses movimentos engajarem-se na produção de uma nova sociedade. Ao fazê-lo, eles transformam por sua vez a *Internet*: de ferramenta organizacional para as empresas ela se converte também numa alavanca de transformação social – embora nem sempre nos termos buscados pelos movimentos sociais, e nem sempre, aliás, em defesa dos valores que você e eu compartilhamos necessariamente.

No entendimento de Capellari<sup>520</sup>,

a informação passa a ser o motor de transformações, ultrapassando qualitativamente as duas grandes revoluções anteriores baseadas em energias, tais como vapor e eletricidade, superando a terra, o trabalho e o capital como o insumo mais importante nos sistemas modernos de produção.

Ao mesmo tempo em que ocorre o individualismo, as redes sociais encontram-se em constante crescimento. Trata-se de uma forma de relacionamento social sem o contato, a presença física. Tem-se outra nova realidade cujos efeitos ainda não podem ser determinados, mas que afeta a sociabilidade profundamente, desde o preenchimento de espaços deixados pelo efeito da globalização, até a possibilidade de uma nova forma de movimentos contra o poderio econômico

Sem dúvida se está diante de uma nova realidade social, em que esse novo mecanismo tecnológico representa um poder talvez antes não conhecido. Justamente por tal motivo se deve manter a liberdade virtual dentro do que for possível, uma cultura livre e não de permissão, talvez aos moldes da tradição norte-americana sobre a liberdade de expressão, tema a ser tratado mais adiante.

<sup>519</sup> Id. **A galáxia da Internet...** Op. Cit., p. 118-119.

<sup>520</sup> CAPELLARI, Eduardo. A tecnologia, o Direito e a solidariedade. In: ROVER, Aires José (Org.). **Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000, p. 39.

Esse novo paradigma social acaba por refletir na atuação estatal, nos direitos fundamentais e na tutela destes pelo Direito Penal, em vista de ser a *Internet* uma nova via para ações criminosas.

### 3.2 AS CARACTERÍSTICAS DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES

Demonstrado o caminho percorrido do nascimento até os dias atuais, da rede mundial de computadores, além de algumas de suas implicações, indispensável a análise de suas principais características.

A *Internet*, esse novo mundo virtual ou ciberespaço, desde seu surgimento tem surpreendido a cada momento com novidades quase que diárias, de forma que se torna difícil delimitar seu potencial, não se tendo uma noção real do que ela e seus usuários podem descobrir ou inventar.

Os computadores e o acesso à rede mundial de computadores apresenta o crescimento e uma difusão social rápida, em uma progressão significativa, atingindo todos os pontos do planeta e as mais diversas camadas sociais, não se podendo mais fazer estimativas da quantidade de pessoas que têm acesso à *Internet* e nem do valor monetário em termos de mercado, que ela movimentará dentro cinco ou dez anos, uma vez que o acesso chegou aos celulares, aparelhos de televisão, aos automóveis, e sabe-se lá até onde isso pode ir.

As sociedades atuais entraram na era da informação e da comunicação “instantânea”, na forma eletrônica, digital, com reflexos sobre a massa da população, com o conhecimento e o relacionamento ao alcance de todos.

Toda essa “revolução” do que se pode denominar ciberespaço tem como fonte principal de alimentação e de vida a informação, a qual, como conhecimento, não tem limites, tornando-se universal.

Apenas a título de exemplificação, hoje já existe reconhecimento de alguns procedimentos ilegais, talvez decorrentes da crença na impunidade por se tratar do uso da *Internet*, como: existem atualmente mais de dezessete mil sites de pedofilia movimentando mais de cinco bilhões de dólares por todo o mundo; diariamente surgem novos vírus informáticos a invadir e danificar programas, obrigando o usuário a investir em programas de proteção, tendo em vista que a segurança na

*Internet* é fundamental; diariamente todo internauta recebe em suas mensagens os *spammers*, que constituem mensagens não autorizadas e indesejadas, existindo verdadeiro mercado negro de endereços de *e-mails* para os mesmos; de certa forma a rede mundial de computadores causa certo isolamento das pessoas no interior de suas residências; aparecimento dos invasores de sistemas, mais conhecidos como *hackers*; surgimento e aumento constante de *sites* racistas e de outras formas de preconceitos; uso da *Internet* para o tráfico de entorpecentes e outras formas de atuação de organizações criminosas, a qual encontrou um novo modo de esconder seus verdadeiros negócios e de expandi-los; nascimento e crescimento assustador do comércio eletrônico com todas as implicações a ele relacionadas, dentro outros.<sup>521</sup>

Poderia ainda se observar a utilização da *Internet* em prol do biopoder, conforme entende Giorgi<sup>522</sup>, sendo que a informática e a *Internet* surgem como novas formas que permitem interações sociais, possibilitam a cooperação produtiva da multidão; no entanto, mostram-se um terreno fértil a novas formas de conflito, não se podendo ainda delimitar seu alcance.

O capital procura controlar esse mundo virtual, ou seja, controlar as redes sociais, controlar previamente os acessos, do quanto e como se pode ter acesso à *Internet*. Refere-se ao uso que poderia ser feito daquilo que se pode acessar, ou seja, para o futuro, em mais uma forma de atuar sobre o risco, no que se relaciona às sociedades de controle:

o essencial não é uma firma nem um número, mas uma cifra: a cifra é uma *password*, uma vez que as sociedade disciplinares são reguladas por palavras de ordem. A linguagem digital do controle é feita de cifras que assinalam o acesso à informação, ou a recusa. Não nos encontramos mais diante do par massa/indivíduo. Os indivíduos tornaram-se “divíduos” e as massas amostras estatísticas, dados, mercados ou “bancos”.<sup>523</sup>

Tem-se, com a *Internet*, mais um instrumento à disposição do biopoder, pois possibilita um controle a distância, como se esta não existisse, permitindo reconhecimento e identificação dos indivíduos, complementando ou ampliando a

<sup>521</sup> SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **A liberdade individual, a violação da privacidade via Internet e seus aspectos criminais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2002, p. 40.

<sup>522</sup> GIORGI, Alessandro De... Op. Cit.

<sup>523</sup> DELEUZE, Gilles. **La société del controllo**. Tradução It. Macerata. Paris: Quodlibet, 2000, p. 239 *apud* GIORGI, Alessandro De... Op. Cit., p. 107.



ação das câmeras de vigilância. Por meio de reconhecimento facial, podem os mais diversos arquivos de dados ser acessados, e com as informações e localização obtidas, o Estado utiliza seu poder da forma que convém: controle, identificação e exclusão.

Transações bancárias eletrônicas podem ser rastreadas. Uso do telefone celular também pode ser rastreado. Com isso até as classes com algum poder econômico ficam expostas caso não atuem de acordo com as normas impostas. O que dizer então das demais?

Os avanços tecnológicos permitem uma vigilância ainda maior das pessoas e multidões, coletando dados os mais diversos, conectando arquivos sociais, fiscais e policiais, de forma a se tornar ainda mais efetiva, fácil e barata a seletividade dos grupos de risco.

Hoje, pode-se perceber o imenso controle virtual que as instituições financeiras ou mesmo as transnacionais possuem. Desde o controle de contas bancárias às quais têm acesso irrestrito (dificultando até o acesso a poderes do Estado), até o mercado sobre dados de usuários da *Internet* que possibilitem a invasão de suas caixas postais com propagandas indesejadas, são realidades. Dados são comercializados na forma de indivíduos ou grupos de indivíduos.

Endereços eletrônicos são trocados ou comercializados a fim de direcionar o mercado em busca do consumidor que mais lhe interessa. Isso ocorre por meio do controle, diga-se vigilância, daquilo que se acessa no mundo virtual.

Além disso, configura o mundo virtual mais um meio para que o capital se reproduza além das fronteiras físicas. É uma forma de riqueza imaterial:

emergem, assim, progressivamente, um controle preventivo – porque, diferentemente da riqueza material, a riqueza imaterial só pode ser recuperada quando alguém se tenha apropriado ou feito uso dela -, um controle difuso – porque, diferentemente dos recursos materiais, os recursos imateriais não se localizam num espaço atuarial – porque, diferentemente dos sujeitos da produção material, situáveis e organizáveis disciplinarmente num espaço produtivo definido, a multidão pós-fordista é uma entidade irreduzível às formas de singularização típicas da produção fordista e às categorias conceituais que se baseiam nelas. A produtividade fundada no saber dos muitos excede, enfim, o domínio fundado no não-saber do poder.<sup>524</sup>

<sup>524</sup> GIORGI, Alessandro De... Op. Cit., p. 109.

Com relação ao futuro/presente, as pessoas poderão ser localizadas com a maior facilidade, desde que faça uso de um cartão de identidade ou CIC, de banco, de um celular, de um ponto de acesso à *Internet* etc, isso tudo a distância, e mesmo a distância elas podem sofrer vigilância, controle e exclusão. Tal exclusão vai envolver também aqueles sem acesso à informatização.

De acordo com dados estatísticos atualizados até 25 de setembro de 2012, somente em termos nacionais, sendo o Brasil o quinto país com maior número de conexões à rede, existem cerca de oitenta e três milhões de usuários de *Internet*, dos quais cerca de mais da metade realizam acesso regular. O comércio eletrônico movimentou em 2011 quase dezenove bilhões de reais, e a previsão em nível mundial é de que até o final de 2012 o número de usuários da rede mundial de computadores chegará a dois bilhões.<sup>525</sup>

O que se tem com a rede mundial de computadores é uma possibilidade de liberdade sob paradigma e alcance até então não imaginados, representando mais uma forma de manifestação do conhecimento e da capacidade do ser humano.

As possibilidades nesse campo são infinitas, possibilitando um estudo específico apenas deste tópico, o que não é o objetivo ora proposto.

A enumeração de formas de utilizações positivas e negativas poderia ser estendida, mas se estaria fugindo um pouco ao objetivo central do presente enfrentamento, voltado ao aspecto penal, porém é interessante assinalar que, da mesma forma que a *Internet* traz esses e outros maus usos, os benefícios da rede são enormes, podendo até ser citada a notícia, divulgada pela Embaixada do Uruguai, em 12 de julho de 2001, de que um internauta espanhol teria salvado a vida de uma suicida quando, ao entrar em seu *chat* favorito, lá encontrou a mensagem de uma mulher que dizia ter ingerido vários comprimidos para acabar com sua vida despedindo-se de seus amigos *on line*. Então, tal espanhol enviou mensagem na rede pedindo informações sobre a vítima. Não demorou a lhe chegar o número do telefone da vítima, vindo ele a avisar as autoridades responsáveis que a teriam localizado, encontrando-a ainda com vida.<sup>526</sup>

Como formas de benefícios do mundo virtual, é de interesse destacar o

---

<sup>525</sup> ANTONIOLI, Leonardo. **Estatísticas, dados e projeções atuais sobre a *Internet* no Brasil**. Disponível em: <[http://tobeguarany.com/internet\\_no\\_brasil.php](http://tobeguarany.com/internet_no_brasil.php)>. Acesso em: 22 out. 2012.

<sup>526</sup> BERLEUS, Jacques; POLLET, Yves. **What Governance and Regulations for the Internet? Ethical Issues, Paper to be published in Landscapes of ICT and Social Accountability**. Nova York: Springer - IFIP Series, 2005 *apud* RODRIGUES, Benjamim Silva... Op. Cit., p. 48.

surgimento de redes sociais permitindo um maior contato, mesmo que a distância, das pessoas, de familiares, etc. O acesso a conhecimentos, imagens e visitas virtuais a locais nunca antes imaginado, e que para a maioria das pessoas nunca será possível na forma real, é outro destaque da grande rede de computadores.

Novos dilemas éticos podem ser constatados, conforme observou Rodrigues<sup>527</sup>, considerando Jacques Berleur e Yves Poulet:

i) o desconhecimento de grau de transparência e clareza da informação existente sobre estes complexos assuntos técnicos; ii) a desigualdade dos povos ao nível do uso da *Internet* (o novo protocolo IPv6 foi desenvolvido para suportar 4 bilhões de endereços, dos quais dois terços estão reservados para a América do Norte); iii) problemas de privacidade não resolvidos; iv) contradição na natureza universal da *Internet*: a existência de limites de números de servidores.

A *Internet* produziu o ciberespaço, sendo este um novo paradigma de local para a prática de condutas ilícitas até então desconhecido, que permite que uma determinada conduta venha a produzir efeitos nos mais diversos lugares, atingindo os mais diversos bens jurídicos. Têm-se a universalidade, a transnacionalidade, a descentralização, a abertura a todos, envolvendo uma criminalidade que possui as mesmas características da criminalidade do espaço físico já conhecido, mas também novas formas de infrações com particular aspecto do mundo virtual.

O ciberespaço envolve novos conceitos de tempo e de espaço onde as pessoas se encontram e se relacionam: “o ciberespaço é real no sentido de que existe, mas se trata de uma espécie nova de espaço, invisível a nossos sentidos diretos e no qual as coordenadas espaço-tempo adquirem outro significado e vêm redefinidos seu alcance e limites” (tradução nossa)<sup>528</sup>. Nesse novo ambiente ocorre a contração total do espaço e a expansão da comunicação entre as pessoas.

Com relação ao tempo, este também se mostra alterado pela *Internet*, uma vez que se pode praticar condutas até então demoradas no mundo físico, de forma

<sup>527</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva... Op. Cit., p. 48.

<sup>528</sup> MIRÓ LLINARES, Fernando. La oportunidad criminal en el ciberespacio: aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen. **Revista Electrónica de Ciencia y Criminología**, ano 13, v. 13, 2011, p. 06. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-07.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2012. No original: “el ciberespacio es real en el sentido de que existe, pero se trata de una especie nueva de espacio, invisible a nuestros directos sentidos y en el que las coordenadas espacio-tiempo adquieren otro significado y ven redefinidos su alcance y limites”.

imediate no mundo virtual, sendo que Miró Llinares<sup>529</sup> também fala em redução do tempo necessário para certas práticas e um estiramento das relações sociais. Por outro lado, o que no mundo físico demora mais tempo para ser praticado, quando ocorre é quase instantâneo e finito, enquanto que no ciberespaço pode ter uma duração bem maior, permanecendo enquanto lá existir acessível a qualquer um, de modo que as condutas, em especial as criminosas, possuem um reflexo maior podendo atingir uma pessoa determinada, mas também qualquer um que venha a ter contato com a conduta praticada (pensemos como exemplo um vírus criado e que permanece transitando pelo ciberespaço afetando diversas pessoas por tempo indeterminado, ou então uma manifestação de expressão que produz efeitos enquanto estiver “livre” pela *Internet*).

Têm-se, então, condutas que podem dirigir-se contra determinada pessoa ou contra um número não determinado delas, não se conseguindo determinar quem será afetado ou quando isso ocorrerá.

Em definitiva, e para os efeitos que mais nos interessam, no ciberespaço as coordenadas espaço-temporais se vêem significativamente modificadas: por um lado, se comprimem as distâncias e o tempo que se leva em percorrê-las, por outro e derivado do anterior, se expandem as possibilidades comunicativas entre as pessoas e os efeitos dos fatos que apenas vêm-se limitados espacial ou temporalmente. O que isto quer dizer é que qualquer agente no ciberespaço, salvo o impedimento do contato físico direto, tem menos restrições espaciais e temporais para seus atos do que no espaço físico. Também, que os efeitos das condutas, as consequências plasmadas em umas coordenadas espaço/temporais determinadas, oferecem menor informação no ciberespaço das coordenadas espaço/temporais do ato ao que se devem atribuir as mesmas e, por isso, do agente causador, do que no espaço físico. (tradução nossa).<sup>530</sup>

Em tal citação se percebe uma outra característica da *Internet* que é o não-contato físico e pessoal entre pessoas que por meio dela se comunicam,

---

<sup>529</sup> Ibid.

<sup>530</sup> Ibid., p. 10. No original: “En definitiva, y a los efectos que más nos interesan, en el ciberespacio las coordenadas espacio-temporales se ven significativamente modificadas: por una parte, se comprimen las distancias y el tiempo que cuesta recorrerlas; por otra, y derivado de lo anterior, se expanden las posibilidades comunicativas entre las personas y los efectos de los hechos que apenas se ven limitados espacial o temporalmente. Lo que esto quiere decir es que cualquier agente en el ciberespacio, salvo el impedimento del contacto físico directo, tiene menos restricciones espaciales y temporales para sus actos que en el espacio físico. También, que los efectos de las condutas, las consecuencias plasmadas en unas coordenadas espacio/temporales determinadas, ofrecen menor información en el ciberespacio de las coordenadas espacio/temporales de facto al que se deben atribuir las mismas y, por ello, del agente causante, que en el espacio físico”.

encontrando-se acessível a todos, não estando firmado em determinado lugar, ou seja, não existe fronteiras ao ciberespaço, não existem barreiras, salvo as impostas pelos seus próprios usuários. Tem-se uma multicomunicação social de caráter neutro em si mesma, isto é, o ciberespaço não é de ninguém, não estando subordinado a leis de um determinado país, é imparcial, tornando livre a navegação por ele, e de certa forma também anônima.

Têm-se no presente verdadeiras autoestradas de informação, um “novo mundo” por trás de um computador acessado à rede mundial de computadores no que alguns denominam de ciberespaço, onde o mundo não é mais analógico, mas sim digital, que possibilitou novas formas de comunidades e de redes sociais.

O espaço e o tempo tomaram novas dimensões, quase se podendo afirmar que foram totalmente reduzidos, não sendo mais físico, mas sim tridimensional ou, em uma melhor análise, tem-se um tempo e um espaço não determinável, “quando não uma absoluta desapareição, das barreiras temporais e espaciais às quais se enfrentava tradicionalmente o fluxo de informação”<sup>531</sup>.

Esse novo mundo inicialmente não possui um comando, um governo, apesar de existirem diversos organismos que procuram conservá-lo, promover sua expansão, mantê-lo. A respeito escreveu Rodrigues<sup>532</sup>:

a questão da regulamentação e governo (“governance”) da *Internet* é, sem sombras de dúvidas, uma questão técnica, política e ética. Na opinião de Vinton Cerf a *Internet* deve permanecer irrestrita, livre e não regulamentada. Contrariando essa tese, Philippe Quèau refere que face aos desequilíbrios estruturais da infraestrutura mundial da *Internet*, as profundas desigualdades de acesso à informações, os oligopólios transnacionais que controlam a infoestrutura planetária são igualmente assuntos de preocupação para o regulador.

Esse mesmo autor acaba por apresentar um interessante conceito do que vem a ser ciberespaço:

o espaço idealizado de intercomunicação [inter] subjetiva onde cada sujeito (individual ou coletivo) aparece como um centro autónomo [sic] emissor e receptor de mensagens produtivas ou não produtivas, informacionais e comunicacionais, procedendo à sua autodeterminação (afirmação) informacional e comunicacional, de forma estético-essencialmente, relevante e diferenciada, com vista à conquista de uma posição economicamente vantajosa ou à

<sup>531</sup> GALÁN MUÑOZ, Alfonso... Op. Cit., p. 25. No original: “cuando no una absoluta desaparición, de las barreras temporales y espaciales a las que se enfrentaba tradicionalmente el flujo de información”.

<sup>532</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva... Op. Cit., p. 36.

afirmação de uma posição informacional ou comunicacional autônoma, ao nível de ciclos informacionais e comunicacionais que fluem pelos sistemas e redes informáticas, fora ou dentro do contexto dos serviços fornecidos no âmbito das redes de comunicações electrónicas [sic] publicamente acessíveis.<sup>533</sup>

Percebe-se que é um ambiente que possibilita relações internas, mas também com o mundo exterior, uma vez que pode vir a interferir das mais diversas formas, dentre elas com a prática de condutas ilícitas que atentem contra direitos fundamentais, pois é um espaço mais que propício e chamativo para tal fim.

Na verdade, a *Internet* não possui um controle específico, quer por algum órgão regulador, quer pelos próprios usuários, mas de forma indireta as entidades que com ela trabalham de alguma forma diretamente, como no caso de se ampliar seus códigos de acesso, ou até os provedores que possibilitam a navegação na grande rede de computadores, conseguem alguma interferência no seu funcionamento, o qual deve ser o mais livre possível, apesar da possibilidade de identificação daqueles que por ela navegam, mas se deve respeitar uma medida de proporcionalidade com o respeito aos direitos fundamentais de todos.

Citada identificação leva em conta o fato de que, assim como cada um dos seres humanos, em quase sua total maioria, possui um endereço físico de localização geográfica e espacial, a *Internet* também funciona pela via de um endereço de onde se tem acesso a ela, denominado IP, ou seja, *Internet Protocol*, o qual corresponde ao endereço de acesso do provedor de cada computador conectado a *Internet*, de forma a possibilitar sua localização e até monitoramento:

a *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) nasceu em 1998 e é um organismo internacional, não lucrativo que é responsável pelo *Internet Protocol* (IP), *adress espace allocation*, *protocol identifier assignnment*, *generic* (gTLD) e *country code* (ccTLD) *Top-Level Domain name system management*, e *root server system management functions*. Originariamente, este organismo surge ligado ao IANA – *Internet Assigned Numbers Authority* que se insere dentro do Departamento do Comércio dos EUA. A *ICANN* tem por objetivos:

- i) a preservação da operacional estabilidade da *Internet*;
- ii) a promoção da competitividade;
- iii) a representação da comunidade global da *Internet*;
- iv) desenvolvimento de políticas consensuais.

A *ICANN* é responsável pela coordenação dos elementos técnicos do DNS para assegurar uma resolução universal, de forma a permitir a todos os utilizadores encontrarem os endereços válidos. Esse intento

---

<sup>533</sup> Ibid., p. 70.

é conseguido à custa da distribuição de um único identificador usado em operações da *Internet* e delegação do *Top-Level Domain Names* (.com; .info, etc). O DNS – *Domain Name System* permite aos utilizadores encontrarem os caminhos ao longo da *Internet*, dado que cada computador da *Internet* tem um único endereço denominado “*IP adress*” (*Internet Protocol Adress*).<sup>534</sup>

De forma simples poderia se afirmar que,

tecnicamente, a *Internet* consiste na interligação de milhares de dispositivos do mundo inteiro, interconectados mediante protocolos (IP, abreviação de *Internet Protocol*). Ou seja, essa interligação é possível porque utiliza um mesmo padrão de transmissão de dados. A ligação é feita por meio de linhas telefônicas, fibra ótica, satélite, ondas de rádio ou infravermelho. A conexão do computador com a rede pode ser direta ou através de outro computador, conhecido como servidor. Este servidor pode ser o próprio ou, no caso dos provedores de acesso, de terceiros. O usuário navega na *Internet* por meio de um *browser*, programa utilizado para visualizar páginas disponíveis na rede, que interpreta as informações do *website* indicado, exibindo na tela do usuário textos, sons e imagens. Os servidores e provedores de acesso utilizam a estrutura do serviço de telecomunicação existente (no caso brasileiro, o *backbone* da Embratel), para viabilizar o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações do usuário à rede. O endereço IP é dado ao computador que se conecta à rede, e os subendereços são dados aos computadores conectados com os provedores.<sup>535</sup>

De uma inicial forma de transmissão simples de dados, chegou-se ao áudio e vídeo, caminhando para a conexão por satélites, em tempo real, por meio da banda larga de conexão, permitindo-se o acesso à rede por aparelhos de televisão, celulares, e daí por diante, rumo sempre à evolução tecnológica.

As questões técnicas sobre a *Internet* fogem ao objetivo deste trabalho, ao qual é de extremo interesse o *Internet Protocol*, pois tem estreita relação com a identificação de usuários e eventuais investigações criminais, conforme se irá abordar logo adiante.

Importante ainda destacar que, como não possui uma regulamentação, a *Internet* acaba por se autorregulamentar por meio de códigos, regras de conduta e comportamento ético e social decorrentes de seus próprios usuários de forma voluntária em seu uso diário, os quais aparecem com as mais diversas denominações: dez mandamentos, códigos de ética, código de conduta, código de boas práticas, etc.

<sup>534</sup> Ibid., p. 46.

<sup>535</sup> PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 17.

Pode-se afirmar com Rodrigues<sup>536</sup> que,

a partir de dada altura do seu estágio evolutivo, a *Internet* “divorciou-se” dos seus criadores e deixou de ter um (“específico”) dono ao “democratizar-se”, de tal modo que ao “boom tecnológico” se seguiu uma verdadeira avalanche de conteúdos (i)lícitos criados pelos próprios utilizadores da *Internet*, assim levando ao nascimento de novas condutas criminosas até aí completamente desconhecidas. Mais recentemente, um outro passo importante se verificou na afirmação e dinamização da “rede das redes”, já que se operou a convergência dos diversos meios de comunicação (televisão, rádio, jornais, etc.) para uma única rede de comunicações electrónicas [sic], tudo se tornou interoperativo.

Convém deixar destacado que a *Internet* surge como mais uma espécie de se comunicar, “não há dúvida de que o rápido desenvolvimento destas novas tecnologias tem aberto uma infinidade de possibilidades para as comunicações, e que o uso dos sistemas informáticos e, concretamente, o das redes que se podem formar entre, eles tem permitido uma relativização” (tradução nossa)<sup>537</sup>.

Citado autor segue dizendo que

Deve resenhar-se que a irrefreável implantação e interconexão dos sistemas informáticos não somente tem facilitado ou agilizado o tráfico ou a circulação, e sim que também tem possibilitado que qualquer sujeito possa tornar-se, em um momento determinado, em fonte da mesma para milhões de potenciais destinatários, permitindo além disso obter alguns níveis de interatividade entre os receptores e os conteúdos comunicativos emitidos, o que resultava dificilmente imaginável há poucos anos. (tradução nossa)<sup>538</sup>.

O que se tem é uma nova forma de sociedade, a sociedade da “era da informação e comunicação”, sendo que esta reflete na liberdade e na igualdade das pessoas e o poderio estatal. A *Internet* potencializa tudo aquilo que por ela transitar, já que permite uma maior interatividade e atinge os mais diversos campos do planeta, de forma que eventuais violações a direitos fundamentais apresentam

<sup>536</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva... Op. Cit., p. 55.

<sup>537</sup> GALÁN MUÑOZ, Alfonso... Op. Cit., p. 25. No original: “no cabe duda de que el rápido desarrollo de estas nuevas tecnologías ha venido a abrir una infinidade de nuevas posibilidades para las comunicaciones, y que el uso de los sistemas informáticos y en concreto el de las redes que se pueden formar entre ellos ha permitido una relativización”.

<sup>538</sup> Ibid., p. 26. No original: “se tiene que reseñar que la imparable implantación e interconexión de los sistemas informáticos no sólo ha venido a facilitar o agilizar el tráfico o la circulación, sino que también ha possibilitado que cualquier sujeto pudiera convertirse, en un momento determinado, en fuente de la misma para millones de potenciales destinatários, permitiendo además obtener unos niveles de interactividad entre los receptores y los contenidos comunicativos que se emiten, que resultaba difícilmente imaginable hace escasos años”.



maiores consequências, como é o caso de manifestações de expressões de cunho racial.

### 3.3 A INFLUÊNCIA DA *INTERNET* NO DIREITO

Tendo em vista o vasto campo de atuação e implicação da *Internet* e considerando-se ainda sua capacidade de informação e comunicação, impossível o Direito ficar alheio ao surgimento e avanço da *Internet* e da influência de suas principais características.

Nos mais diversos ramos jurídicos, a teia da *Internet* se infiltrou e se espalhou, tornando-se sua parte integrante do mesmo.

No caso do comércio eletrônico, por exemplo, a *Internet* se mostra como um excelente meio de compra, desde que devidamente utilizado, fazendo com que as regras jurídicas já existentes interagissem com o mundo virtual. Hoje, qualquer pessoa pode encontrar o produto que quer e por meio do cartão de crédito ou outras formas de pagamento, do interior de sua casa efetuar sua compra, aguardando ainda em sua casa o recebimento do objeto adquirido. Com isso, bens até então inacessíveis a alguns, hoje estão acessíveis a todos, claro que com toda a implicação do respeito às regras jurídicas de comércio.

Em termos de Direito Civil, muitos contratos podem ser celebrados entre pessoas que se encontram distantes umas das outras.

Reportando-nos à Justiça de forma geral, desde a investigação criminal já se fala em inquérito policial eletrônico (Lei n. 11.419/2006); audiências são realizadas por vídeo-conferência; advogados podem consultar a situação de seu processos por meio do seu computador pessoal; processos começam a ser armazenados em unidades portáteis e memórias de computadores (evitando assim o uso do papel, preservando-se o meio ambiente); programas de computadores possibilitam novas formas de acesso a provas; surgiram as assinaturas eletrônicas com garantia de sua autenticidade; policiais têm acesso a informações criminais de pessoas eventualmente por eles abordada para algum fim de um computador existente na própria viatura policial. Verificam-se coisas que jamais seriam imaginadas tempos

atrás, não se podendo prever a que ponto se irá chegar em um futuro cada vez mais próximo.

No dia-a-dia, a *Internet*, relacionada a questões que podem ter reflexo jurídico, também se mostra cada vez mais presente. Basta ver a possibilidade de se registrar uma ocorrência policial pela *Internet*, sem sair de casa, já se obtendo dela uma cópia, ou então inscrever-se para um concurso jurídico público pela rede de computadores, nos moldes da tendência de tudo ser feito assim em relação aos órgãos públicos, como a declaração de imposto de renda, a inscrição em vestibular, a solicitação de antecedentes criminais, e assim por diante.

O Direito, hoje, está “umbilicalmente” ligado à rede mundial de computadores, de forma a não se poder mais pensar juridicamente sem se ter algum aporte na *Internet*, ou na informática, esta ainda mais presente em tudo que diga respeito ao homem. Mais uma vez temos o direito correndo atrás dos fatos concretamente ocorridos, adaptando-se e moldando-se a eles para sua aplicação.

Conforme observa Pinheiro<sup>539</sup>, que denomina o Direito ligado à rede como “Direito Digital”,

se entendermos que a *Internet* é um lugar, então muitas questões do Direito devem ser redesenhadas, uma vez que o território ou jurisdição deveria ser a própria *Internet*. Se entendermos que a *Internet* é um meio, então voltamos a ter de resolver a questão da territorialidade para aplicação da norma, já havendo como referência a atuação do direito internacional.

Se a *Internet* é um meio, como é o rádio, a televisão, o fax, o telefone, então não há que falar em direito de *Internet*, mas sim em um único direito digital, cujo grande desafio é estar preparado para o desconhecido, seja aplicando antigas ou novas normas, mas com a capacidade de interpretar a realidade social e adequar a solução ao caso concreto na mesma velocidade das mudanças da sociedade.

Citada autora vê o direito digital como uma forma evoluída do próprio Direito, com as características e institutos deste, acrescentando novos institutos de forma a possibilitar sua atuação diante da nova realidade, de forma a recusar a existência de um direito da *Internet*, pois, do contrário, seria necessário um direito de cada uma das formas de comunicação, como a televisão. Dessa forma, entende Pinheiro<sup>540</sup> que o direito digital possui a forma do direito tradicional, mas também a ele acrescenta novos elementos como a autorregulamentação, a qual deve ser levada

---

<sup>539</sup> PINHEIRO, Patrícia Peck... Op. Cit., p. 25.

<sup>540</sup> Ibid.

ao conhecimento de todos como se faz com as leis, a fim de não se alegar o seu desconhecimento: “o direito digital estabelece um relacionamento entre o direito codificado e o direito costumeiro, aplicando o que cada um tem de melhor para a solução das questões da sociedade digital”<sup>541</sup>. Nesse modelo, a analogia, a arbitragem e a notoriedade das decisões são de suma importância, tendo em vista a sociedade globalizada e tendo em conta o poder individual e a sua influência no funcionamento da *Internet*.

Considerando-se a sociedade globalizada, universal, ou seja, que a *Internet* rompeu as barreiras de espaço, em especial quando se fala em Direito, não se pode deixar de considerar a realização de atos que envolvam mais de um país. Nestes casos, os tratados e acordos internacionais se mostram necessários, prevalecendo ainda o princípio da ubiquidade, segundo o qual se considera tanto o local de uma ação como o do consequente resultado para aplicação de uma lei, quando se fala em competência internacional, uma vez que na competência nacional os problemas são menores e resolvidos pelas regras processuais codificadas.

Observe-se que apesar da degradação do Estado atual, diante dos modelos anteriores, face à globalização e ao capitalismo, com as consequências já expostas, as fronteiras reais e físicas continuam a existir, possuindo cada Estado sua soberania dentro de seu território, o que justifica a realização de tais tratados e acordos.

Como não poderia deixar de acontecer, o Direito Penal, em especial as ações criminosas, encontram na *Internet* um novo e rico meio de atuação, expondo ainda mais direitos fundamentais como a igualdade, a lesões como manifestações raciais. De uma forma geral se poderia afirmar que os crimes já codificados e conhecidos de algum modo foram “potencializados”, enquanto que essa nova forma social também produziu novas formas de ações contra bens jurídicos novos, passando-se então a se falar em um Direito Penal infomático-digital, um Direito Penal eletrônico, um Direito Penal virtual, dentre outras diversas denominações, as quais são acompanhadas de conceitos de crimes praticados pela *Internet*, crimes virtuais, crimes digitais, crimes eletrônicos, crimes na área da informática, crimes tecnológicos, cibercriminalidade etc., o que será abordado a seguir.

---

<sup>541</sup> Ibid., p. 32.

### 3.4 DIREITO PENAL INFORMÁTICO

A *Internet* e seu ciberespaço surgem como uma forma atrativa e inovadora para ações criminosas, sob o aspecto de acarretarem um anonimato mais difícil de ser transposto, favorecendo o cometimento de ações criminais que atinjam bens jurídicos fundamentais para uma vida social, quer na forma individual, quer na forma coletiva, bens já tutelados e outros novos, considerando-se as suas características, como a transnacionalidade, uma decorrência da informatização global, permitindo a qualquer um, onde quer que se encontre, acessar a rede mundial de computadores, sendo esta universal, estando presente em todos os lugares possíveis (ubiquidade).

De certo modo o Direito Penal precisa transpor, adaptar-se, ser reinterpretado face às novas formas de condutas ilícitas, aos novos meios para sua prática, a agentes com conhecimento e perfil diferente dos criminosos usuais, para sua prova, para sua investigação e para o consequente processo, quando seja chamado a atuar no controle social de forma mínima, como no caso de preconceito e discriminação racial cometidos pela *Internet* e a necessária atuação penal protegendo o bem jurídico igualdade, sendo este a tônica do presente capítulo.

#### 3.4.1 A criminalidade na era virtual: conceito e classificação dos crimes pela *Internet*

Diante das características da *Internet*, seu ambiente se mostra muito atrativo para condutas indesejadas, tendo em vista a sensação de anonimato, de pouco risco, a distância entre agente e vítima, além da praticidade e comodidade em se poder agir de qualquer lugar onde se possa acessar a rede mundial de computadores, inclusive no recanto de sua residência ou do seu local de trabalho, conforme já demonstrado. Por tais razões, os crimes por meio da *Internet* vem tendo cada vez mais destaque, sendo uma tendência o aumento de sua prática, ao que Macedo<sup>542</sup> apresenta seu conceito:

---

<sup>542</sup> MACEDO, João Carlos Cruz Barbosa. Algumas considerações acerca dos crimes informáticos em Portugal. In: ANDRADE, Manuel da Costa; NEVES, Rita Castanheira (Org.). **Direito Penal hoje, novos desafios e novas propostas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 225.

que, em sentido amplo, pode definir-se como aquela que se traduz em condutas danosas para a sociedade concretizadas na utilização de um computador, ou sistema de tratamento de dados, que funciona como objeto e ou instrumento de acção [sic], e que atenta contra bens jurídico-penais, como a esfera privada do indivíduo ou o seu património, através do acesso, recolha, armazenamento, introdução, alteração, destruição, interceptação ou transmissão informática (ou telemática) de dados.

Assim como temos uma divergência entre os termos para de denominar os ilícitos penais praticados, relacionados à *Internet*, o mesmo ocorre em relação à conceituação de tais tipos de conduta.

Rodrigues<sup>543</sup> apresenta um conceito do que seria a cibercriminalidade decorrente do Ministério do Interior da França, segundo o qual é o “conjunto das infracções penais susceptíveis de serem cometidas pelas redes de telecomunicações em geral e mais particularmente nas redes que partilha do protocolo TCP/IP, geralmente denominada *Internet*”.

O mesmo autor apresenta uma coletânea de tentativas em se definir o que chama de cibercrimes, a exemplo das Nações Unidas que entende ser “qualquer comportamento ilegal em que intervenham operações electrónicas [sic] que visam a segurança dos sistemas informáticos e dos dados que eles tratam”<sup>544</sup>. Ainda com Rodrigues<sup>545</sup>, podem-se encontrar outras definições:

na Suíça, o *Office Fédéral de la Police*, no seu *Rapport D'Analyse Stratégique*, de Outubro de 2001, entende a cibercriminalidade como as “novas formas de criminalidade especificamente ligadas às tecnologias modernas da informação, e de crimes comuns que são cometidos com a ajuda da informática mais do que com os meios convencionais”. No Canadá, o *Collège de Police*, define a cibercriminalidade como a “criminalidade que tem por objeto o computador (ordianteur) ou por instrumento de perpetração principal”. Face a este panorama, importa atentar como é abordado o problema ao nível dos Estados Unidos da América. A cibercriminalidade assume uma grande expressão ao nível da criminalidade que a polícia é chamada a investigar. Para a *United States Department of Justice*, a cibercriminalidade é considerada como “uma violação do Direito Penal que implica o conhecimento da tecnologia da informação para seu cometimento, a sua investigação ou os seus procedimentos penais”.

<sup>543</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva... Op. Cit., p. 71.

<sup>544</sup> Ibid., p. 72.

<sup>545</sup> Ibid., p. 72.

Em relação ao crime informático, Saavedra<sup>546</sup> o define como sendo:

a realização de uma ação que, reunindo as características que delimitam o conceito de crime, seja levada a cabo utilizando um meio informático ou violando os direitos do titular de um meio informático, seja *hardware* ou *software*. Na utilização de meios informáticos estará, evidentemente a utilização da *Internet*.

Esse mesmo conceito nos é apresentado por Davara Rodríguez<sup>547</sup>. Já para Beppler<sup>548</sup> os crimes de informática “compostos por uma conduta lesiva, da qual, não necessariamente, decorra vantagem ilícita como lucro”.

Outra definição de crime informático nos é trazida por Del Canto<sup>549</sup> que entende ser

aquelas situações delituosas que realmente tenham presente na sua proteção não somente bens jurídicos tradicionais mas sim também os incorporados como consequência das novas tecnologias da informática e telecomunicação, isto é, diretamente a informação em si mesma, como sendo bem social dotado de valor económico [sic], enquanto representação do poder que advém do seu conhecimento e do seu acesso à mesma, ou indirectamente [sic] através da fiabilidade das suas causas de processamento e transferência, os sistemas e redes informáticas e de telecomunicação, ou os meios que originam o funcionamento destes sistemas, isto é, os programas informáticos ou software.

Como se pode perceber, não existe um único conceito definitivo para o que seja um crime praticado pela *Internet*, ou um cibercrime. Alguns apresentam um conceito amplo, abrangendo qualquer conduta que implique no uso da tecnologia informática, enquanto que outros de forma mais específica entendem ser a criminalidade desse tipo apenas aquele que envolve um computador. No caso específico da presente pesquisa, o que interessa são apenas as condutas que envolvam um computador ligado à *Internet*, e que venham eventualmente lesionar um bem jurídico protegido, ou seja, condutas que contem com a ajuda de um computador e que possa de alguma forma produzir um reflexo decorrente da *Internet*

<sup>546</sup> SAAVEDRA, Rui. **A proteção jurídica do software e a Internet**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998, p. 343.

<sup>547</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Angel. **Manual de Derecho Informático**. 9. ed. Navarra: Aranzadi, 2007, p. 364.

<sup>548</sup> OLIVEIRA, Daniela Beppler de. *Internet e informatização: implicações no universo jurídico*. In: ROVER, Aires José (Org.). **Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000, p. 121.

<sup>549</sup> DEL CANTO, Enrique Rovira. **Delincuencia Informática y Fraudes Informáticos**. Dirección Carlos María Casabona. Granada: Comares, 2002, p. 33 *apud* RODRIGUES, Benjamim Silva... Op. Cit., p. 175.

como meio para tanto, sem se tratar nos ilícitos relacionados aos programas de computador, ou seja, aos *softwares*, pois em tal caso estaríamos a tratar do que se poderia denominar de crimes informáticos em sentido amplo, deixando o mundo virtual.

Dentre a variedade de conceitos, podemos destacar o que Rodrigues<sup>550</sup> escreveu sobre o tema:

numa primeira aproximação, podemos adiantar que a criminalidade informática diz respeito a todos os aspectos relacionados com a criminalidade associada aos meios informáticos, desde a definição dos tipos legais de crime, à cooperação internacional, aos meios de prova e de obtenção da prova (digital).

Para afastar qualquer das situações descritas e que reconduzem à tipologia dos crimes tradicionais, numa primeira aproximação conceitual podemos definir o crime informático como a conduta criminosa em que o computador, um sistema informático ou outro sistema de informação é usado como instrumento principal da acção [sic] criminosa. Mas será esta uma definição adequada e suficiente? Julgamos que não. Daí que se possa enveredar por uma outra classificação que distingue entre crime informático *próprio* (ou *puro*) e *impróprio* (ou *impuro*). O crime informático *próprio* (ou *puro*) surge quando se verifica uma *conduta lesiva dos fluxos informacionais e comunicacionais com relevância penal, praticada com recurso a meios informáticos (sistemas ou redes informáticas ou redes electrónicas [sic] de comunicações publicamente acessíveis)* e tendo como objeto a *integridade, inalterabilidade ou inviolabilidade, originalidade, funcionalidade ou operatividade, fiabilidade e segurança da informação ou comunicação digital e/ou sistemas ou redes informáticos, bem como as redes de comunicações electrónicas [sic] publicamente acessíveis*. Por seu turno, o crime informático *impróprio* ocorre relativamente a qualquer *conduta lesiva dos fluxos informacionais e comunicacionais, com relevância penal, praticada com o recurso a meios informáticos e cujo objeto abrange, não a integridade, inalterabilidade ou inviolabilidade, originalidade, funcionalidade ou operatividade, fiabilidade e segurança de informação e comunicação digital e/ou sistemas ou redes informáticos, bem como as redes de comunicação electrónicas [sic] publicamente acessíveis, mas outros bens jurídicos de natureza pessoal ou colectiva [sic], com dignidade jurídico-penal e societária*.

Tendo em vista a divergência de uma única definição e nomenclatura, citada classificação parece ser clara e ao mesmo tempo simples, bem como a que se mostra mais adequada no sentido de separar os crimes em que a *Internet* é apenas mais um meio para sua prática, daqueles onde ela é meio necessário para tanto.

Existe ainda uma classificação que triparte os crimes informáticos destacada

---

<sup>550</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva... Op. Cit., p. 147.

por Pinheiro<sup>551</sup>, denominando de virtuais puros as condutas ilícitas que visam ao sistema de computador, de informática, de forma exclusiva; virtuais mistos, por sua vez, seriam os que utilizam da informática como meio para se alcançar o resultado visado pelo autor, sendo condição necessária para tanto; finalmente os crimes virtuais comuns em que a *Internet* ou a informática constitui meio para sua prática, no entanto não representa condição necessária ao tipo penal, podendo ele ser praticado de outras formas ou mediante de outros meios.

Interpretando-se essa linha tripartida, que entende-se ser a mais coerente e com a qual se concorda, é possível definir: o crime virtual puro como sendo aquele em que são objetos da conduta ilícita o computador, seus programas ou dados; crime virtual misto não atinge citados bens, no entanto, a *Internet* constitui meio necessário para a sua realização, é instrumento do crime que não pode ser praticado sem a rede mundial de computadores, podendo ser citado o exemplo de transferências ou pagamentos de contas de forma ilícita utilizando-se da conta bancária de terceiro, observando-se que as citadas transferências normalmente ocorrem em pequenas somas de forma a não chamar a atenção da vítima, por outro lado, as pequenas somas somadas a outras pequenas somas de outras vítimas acarretam um lucro patrimonial considerável ao criminoso; crime virtual comum, por fim, é aquele em que se tem um crime já previsto em legislação penal, de forma que a *Internet* é apenas mais uma forma, *modus operandi*, para a sua prática, que poderia acontecer sem sua interferência, como seria o caso de pornografia infantil que poderia ser realizada na forma de papel impresso, no caso de ameaças e ofensas contra a honra, e, considerando-se o que é de interesse desta pesquisa, os casos de preconceito e de discriminação racial por meio da *Internet*, além de muitas outras condutas ilícitas.<sup>552</sup>

Ainda se poderia traduzir com outras palavras e assim produzir uma distinção diferente dos crimes informáticos na forma tripartida, considerando-se aquelas condutas onde a tecnologia da *Internet* é um método para se alcançar o resultado pretendido, é um meio para a prática de condutas criminalmente ilícitas, ou então constitui o fim em si, isto é, por meio da rede de computadores se atinge

---

<sup>551</sup> PINHEIRO, Reginaldo César. Os crimes virtuais na esfera jurídica brasileira. **IBCCrim**, São Paulo, ano 8, v. 101, p. 18-19, abril 2001.

<sup>552</sup> FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo dos; GIMENES, Eron Veríssimo. **Crimes na internet e inquérito policial eletrônico**. São Paulo: Edipro, 2012, p. 27.



fisicamente o computador e softwares em busca de danificá-los.<sup>553</sup>

Por fim trazemos a classificação feita pela União Europeia (UE), segundo Rodrigues<sup>554</sup>:

as noções de criminalidade informática, delinquência informática, criminalidade de altas tecnologias e de cibercriminalidade têm o mesmo significado visto que descrevem a) exploração das redes de informação e comunicação sem qualquer constrangimento geográfico e b) a circulação de dados que são intangíveis e voláteis. Daí que se identifiquem, como principais infracções [sic], quer ao nível da legislação existente a nível europeu, quer a nível nacional, as seguintes:

a) *As violações da vida privada*: a recolha, o armazenamento, a modificação, a divulgação e a difusão ilícitas de dados de carácter [sic] pessoal;

b) *As infracções [sic] ligadas ao conteúdo*: a difusão de imagens pornográficas, nomeadamente a pedo-pornografia [sic], de *declarações racistas* (grifo nosso) e de informações instigando a violência;

c) *Infracções [sic] económicas [sic], acessos não autorizados e sabotagem*: infracções [sic] ligadas ao acesso não autorizado aos sistemas informáticos (pirataria informática, sabotagem informática e difusão de vírus, espionagem informática, falsificação informática ou burla informática);

d) *As lesões à propriedade intelectual*: lesão à proteção jurídica dos programas de computador e das bases de dados, do direito de autor e dos direitos conexos.

Nessa mesma linha de raciocínio, diversas outras definições e classificações foram realizadas por variados órgãos, Estados, instituições, algumas delas enumerando os tipos de crimes, como a elaborada no projeto *EU/US Co-operation for Preventing Computer Related Crime*, decorrente de várias organizações internacionais e que apresentou a categoria *Computer-Facilitated Crime*:

dentro de três categorias de *Computer-Facilitated Crimes* podemos identificar modalidades. Dentro da Categoria *Computer-Facilitated Crimes against persons* podemos identificar:

i) Violação de privacidade (*Violation of privacy*);

ii) Furto de identidade (*Identity theft (personal data)*);

iii) Crimes de ódio (*Hate Crimes*);

iv) Difamação (*Defamation*);

v) Chantagem (*Blackmail*);

vi) Cyber ameaça ou ameaça por meios do ciberespaço (*Cyber-stalking*);

vii) Prostituição (*Prostitution*);

viii) Exploração de crianças (*Child Exploitation (Child luring, Child Pornography)*).

<sup>553</sup> Ibid., p. 31.

<sup>554</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva... Op. Cit., p. 181.

Na categoria de *Computer-Facilitated Crimes against property* encontramos as seguintes modalidades de crimes:

- i) Violação da propriedade intelectual (*Violaton of intelectual property*);
- ii) Violação da propriedade industrial (*Violation of industrial property*);
- iii) Burla (*Fraud: - Business Fraud (trading, banking, credit cards, stoks manipulation)*);
- iv) Fraude em investimentos financeiros (*Investment Fraud*).
- v) Clientes (venda em linha, propagandas falsas, abuso de confiança) (*Customers (sale online, false advertisements, confidence trick)*);
- vi) Espionagem económica (*Economic Espionage*);
- vii) Furto e desfalque (*Theft & Embezzlement*).

Por último, dentro da categoria de *Comuter-Facilitated Crimes against public order & public interest* encontramos:

- i) Tráfico: Drogas, Armas de fogo, Órgãos Humanos (*Trafficking: Drugs, Firearms, Organs, Human*);
- ii) Jogo (*Gambling*);
- iii) Lavagem de Dinheiro (*Money Laundering*);
- iv) Espionagem Governamental (*Governmente Espionage*);
- v) Corrupção (*Corruption*);
- vi) Terrorismo (*Terrorism*).<sup>555</sup>

Oliveira, ao discorrer sobre delitos informáticos, afirma que “o bem jurídico a ser tutelado é a capacidade funcional dos sistemas informáticos, envolvendo sob esse valor a inviolabilidade de dados, sendo estes (os dados) o objeto material do delito”<sup>556</sup>. Em seguida esse autor apresenta um conceito dessa espécie de crime, o qual considera os sistemas informáticos:

constituir-se-ia Delito Informático toda a conduta realizada com o intuito (necessidade do aspecto volitivo) de alterar, destruir, copiar, inserir ou obter dados afetando o funcionamento de um sistema, causando-lhe paralisação, temporária ou permanente, indisponibilidade de acesso ou de dados, ou diminuindo, de qualquer forma, o seu desempenho frente ao fim que se destina.<sup>557</sup>

Esse entendimento coloca como bem jurídico apenas as informações, dados e seu fluxo, constituindo-se de um bem jurídico coletivo.

Nesse mesmo sentido,

o conceito de delito informático é um conceito de natureza claramente doutrinal e não legal, tendo-se desenvolvido definições dele de uma enorme amplitude, com a única pretensão de conter em

<sup>555</sup> Ibid., p. 187.

<sup>556</sup> OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de. Delitos informáticos – resposta penal? In: CARVALHO, Saulo de (Org.). **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 97.

<sup>557</sup> Ibid., p. 97.

seu seio todas as possíveis figuras delitivas que tivessem ou pudessem ter uma conexão com o uso de sistemas de tratamento eletrônico de dados. (tradução nossa)<sup>558</sup>.

Continuando a discorrer sobre o tema, observa Galán Muñoz<sup>559</sup> que

a enorme amplitude desta delimitação do conceito de delitos informáticos foi objeto de críticas por um setor da doutrina que era partidário de fazer uma restrição do mesmo, limitando-o àqueles delitos que somente pudessem ser executados graças à utilização de alguma das novas possibilidades técnicas que brindaria a utilização dos processos eletrônicos de dados, o que pelo menos, resultassem dificilmente realizáveis sem a ajuda destes. (tradução nossa).

Percebe-se que para Galán Muñoz<sup>560</sup>, aquilo que ele entende por delito informático envolve uma pluralidade de delitos que lesionem bens jurídicos diversos, desde que para a sua consecução sejam utilizados sistemas informáticos e que representem um problema no momento de qualifica-los como algum dos delitos tradicionais já conhecidos, abrangendo, assim uma grande variedade de condutas ilícitas. A questão principal, para ele, restringe-se justamente à execução das condutas mediante sistemas informáticos, a fim de que se possa descrevê-las como crimes informáticos.

Por fim, segundo Galán Muñoz<sup>561</sup>,

sob a denominação de delito informático, caberia um grande número de figuras delitivas protetoras, por sua vez, de uma enorme

<sup>558</sup> GALÁN MUÑOZ, Alfonso... Op. Cit., p. 30. No original: "el concepto de delito informático es un concepto de naturaliza calaramente doctrinal y no legal, habiéndose desarrollado definiciones del mismo de una enorme amplitud, con la única pretensión de dar cabida en su seno a todas las posibles figuras delictivas que tuviesen o pudiesen tener una conexión con el uso de sistemas de tratamiento electrónico de datos".

<sup>559</sup> Ibid., p. 32. No original: "La enorme amplitud de esta delimitación del concepto de delitos informáticos fue objeto de críticas por un sector de la doctrina, que era partidario de efectuar una cierta restricción del mismo, limitándolo a aquellos delitos que tan sólo pudiesen ser ejecutados gracias a la utilización de alguna de las nuevas posibilidades técnicas que brindaría la utilización de los procesos electrónicos de datos, o que cuando menos, resultasen difícilmente realizables sin la ayuda de éstos".

<sup>560</sup> Ibid., p. 32.

<sup>561</sup> Ibid., p. 37. No original: "bajo la denominación de delito informático, tendrían cabida un gran número de figuras delictivas protectoras, a su vez, de una enorme variedad de bienes jurídicos, hecho que llevó a SIEBER a distinguir el grupo de conductas que él denominaba como abusos informáticos entre:

- Los delitos que lesionarían los derechos de la personalidad de los ciudadanos y principalmente la privacidad, afectando a la protección de datos (Datenschutz).
- Los delitos contra intereses supraindividuales, como serían, por ejemplo, aquellos que pusiesen en peligro derechos estatales y políticos, como la seguridad nacional o las bases de datos y de comunicación.
- Finalmente, los delitos patrimoniales, grupo de delitos que, como ya vimos, serían, en opinión del referido autor, los únicos que podrían denominarse propiamente delitos informáticos".

variedade de bens jurídicos, fato que levou a SIEBER a distinguir o grupo de condutas que ele denominava como abusos informáticos entre:

- Os delitos que lesariam os direitos da personalidade dos cidadãos e principalmente a privacidade, atentando à proteção de dados (Datenschutz).
- Os delitos contra interesses supra-individuais, como seriam, por exemplo, aqueles que colocassem em perigo direitos estatais e políticos, como a segurança nacional ou as bases de dados e de comunicação.
- Finalmente, os delitos patrimoniais, grupo de delitos que, como já vimos, seriam, na opinião do citado autor, os únicos que poderiam denominar-se propriamente delitos informáticos. (tradução nossa).

Das diversas definições, vindas das mais diferentes fontes aqui colacionadas, percebe-se que a preocupação em relação à *Internet* e sua utilização em ações criminosas assumiu o caráter de universal. Países considerados mais desenvolvidos ou avançados já possuem legislações específicas sobre a *Internet* como a Inglaterra que prevê a responsabilização jurídica do *hacker* por suas ações, tutela os direitos autorais, prevê algumas formas de crimes informáticos ditos puros em uma lei de abuso de computadores. Os Estados Unidos da América também possui legislação contra fraudes e abusos praticados por computador, proibindo o envio de mensagens não desejadas se não forem solicitadas e discutindo a responsabilização do provedor de acesso à *Internet*, além de incriminar a disseminação de vírus informático que cause danos. A China é outro país com lei já em vigor prevendo crimes digitais, o mesmo ocorrendo com a Itália e diversos outros países.<sup>562</sup>

Com base em tais classificações, crimes já conhecidos como o estelionato, o furto mediante fraude, crimes contra a honra, ameaça, entre outros, seriam crimes virtuais ou informáticos comuns (impróprios), quando praticados por meio da *Internet*, enquanto que condutas como invasões de sistemas, criação e disseminação de vírus informáticos encontrariam amparo nas demais formas.

Para Galán Muñoz<sup>563</sup>,

<sup>562</sup> SANTOS, José Eduardo Lourenço dos... Op. Cit., p. 74.

<sup>563</sup> GALÁN MUÑOZ, Alfonso... Op. Cit., p. 28-29. No original: "No todos los conflictos y problemas que se ocasionasen en este espacio podrean encontrar un tratamiento adecuado mediante la regulación creada por los propios participantes en su seno, hecho que obligó al legislador a emitir nuevas normas tendentes a solucionar todos aquellos conflictos que se pudiesen plantear en esta sede; processo de creación normativa al que el Derecho Penal no pudo permanecer ajeno, ya que si bien es cierto que el desarrollo tecnológico ha venido a aportar grandes oportunidades para el desarrollo social, también lo es que generará grandes peligros para determinados bienes jurídicos necesitados y merecedores de protección penal, viniendo incluso a generar la aparición de algunos de nuevo

nem todos os conflitos e problemas que se ocasionam neste espaço poderão encontrar um tratamento adequado mediante a regulação criada pelos próprios participantes em seu seio, fato que obrigou ao legislador a emitir novas normas tendentes a solucionar todos aqueles conflitos que pudessem ser formulados nesta sede; processo de criação normativa ao qual o Direito Penal não pode permanecer alheio, já que embora seja verdade que o desenvolvimento tecnológico tem aportado grandes oportunidades para o desenvolvimento social, também é verdade que gerará grandes perigos para determinados bens jurídicos necessitados e merecedores de proteção penal, chegando inclusive a gerar a aparição de alguns de novo cunho, como consequência da aparição de novas necessidades para os sujeitos integrantes da denominada sociedade da informação. (tradução nossa).

Assim existem aqueles que, a exemplo de Rodrigues<sup>564</sup>, afirmam que ocorre grande dificuldade em relação aos crimes informáticos diante de uma falta de uniformidade em sua classificação, sendo que esse mesmo autor apresenta a denominação do que considera Direito Penal informático como sendo aquele que tem como bem jurídico tutelado a informação, ou seja, os fluxos de informação e comunicação e sua segurança, de forma a não se compreender nessa definição os crimes virtuais comuns:

no Direito Penal informático, o horizonte dogmático da criminalidade informático-digital prende-se com a *punibilidade das condutas lesivas dos fluxos informacionais e comunicacionais digitais, visando-se proteger a sua integridade, fiabilidade e segurança, bem como a das redes electrónicas [sic] e informáticas por onde tais fluxos circulam ou se encontram, temporária ou definitivamente, tratados e ou armazenados*.<sup>565</sup>

O que se constata do exposto e pesquisado é que grande parte das condutas que podem ser praticadas com a *Internet*, tem ela como simples meio diverso dos já conhecidos, já encontrando respaldo legal nas legislações existentes: apenas o *modus operandi* mudou, como no caso de manifestações de expressão de conteúdo racista feitas por esse meio tecnológico. No entanto, existem condutas decorrentes diretamente dos avanços tecnológicos que apresentam bens jurídicos já conhecidos e tutelados, e outras apresentam bens jurídicos novos, como por exemplo, a invasão de um sistema informático, as quais exigem uma análise mais detida dos estudiosos e legisladores, no sentido de se verificar a necessidade de

---

cuño, como consecuencia de la aparición de nuevas necesidades para los sujetos integrantes de la denominada sociedad de la información”.

<sup>564</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva... Op. Cit., p. 181.

<sup>565</sup> Ibid., p. 157.

regulamentação na esfera penal, ou se isso deve ser deixado sob a responsabilidade de cada um na forma de autotutela, e dos demais ramos do Direito, a exemplo da composição e arbitragem.

De todas as nomenclaturas encontradas, Miró Llinares<sup>566</sup> observa que vinha prevalecendo a denominação de crimes informáticos para aqueles que fazem uso da *Internet* e da informática, denominação esta que perdeu espaço e preferência para o termo cibercrime e, conseqüente, cibercriminalidade, a qual parece ser mais acertada e atual, vindo ele a afirmar que

nela cabem, desde uma perspectiva fenomenológica, tanto os delitos que unicamente poderiam ser realizados pela existência do ciberespaço (ou cibercrimes puros, tais como o hacking, ataques DoS, infecções de Malware e outros que não existiriam como infrações de não serem feitas as TIC) como os delitos que também têm uma modalidade de comissão no espaço físico se bem que na concreta modalidade de execução no ciberespaço (ciberfraudes de distinta natureza, ciberacoso sexual a menores, cyberbullying, *cyberstalking*, entre muitos outros), incluindo dentro destes uma singular, que poderia ser uma terceira categoria de infrações, cuja ilicitude se caracteriza pela proibição da transmissão ou difusão do conteúdo (pornografia infantil, *hatespeech* ou difusão de mensagens de ódio racial, ciberterrorismo, pirataria intelectual em *Internet*, etc.). (tradução nossa).

De qualquer forma o cibercrime pode ser apreciado com base nas mesmas teorias criminais já existentes, com uma distinção que se relaciona ao local onde ele é praticado, no caso o ciberespaço, com suas diversas características já apresentadas.

Para finalizar o presente tópico, indispensável é a verificação sobre a existência ou não de um ramo específico de Direito Penal informático, nos moldes do que pensa Rodrigues<sup>567</sup>. Cabe destacar que é necessário se distinguir um ramo jurídico do objeto de estudo, ou seja, os crimes informáticos ou virtuais da disciplina que os estuda, da autonomia dogmática desta.

<sup>566</sup> MIRÓ LLINARES, Fernando... Op. Cit., p. 04. No original: "En ella caben, desde una perspectiva fenomenológica, tanto los delitos que únicamente podrían ser realizados por la existencia del ciberespacio (o cibercrimes puros, tales como el *hacking*, ataques DoS, infecciones de Malware, y demás que no existirían como infracciones de no hacerlo las TIC), como los delitos que también tienen una modalidad de comisión en el espacio físico si bien en la concreta modalidad de ejecución en el ciberespacio (ciberfraudes de distinta naturaleza, ciberacoso sexual a menores, *cyberbullying*, *cyberstalking*, entre otros muchos), incluyendo dentro de éstos una particular, que podría ser tercera, categoría de infracciones, cuya ilicitud se caracteriza por la prohibición de la transmisión o difusión del contenido (pornografía infantil, *hatespeech* o difusión de mensajes de odio racial, ciberterrorismo, piratería intelectual en Internet, etc.)."

<sup>567</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva... Op. Cit.

Sem a necessidade de se entender que exista uma nova disciplina jurídica, nada impede que se use o termo Direito Penal informático para tratar dos ilícitos penais relacionados à informática e à *Internet*.

Ao discorrer sobre o tema, Rodrigues<sup>568</sup> afirma ter adotado a terminologia “Direito Penal informático”, afirmando ainda que “a criminalização dos delitos informáticos-digitais aparece assim dentro do processo de ‘expansão do Direito Penal’, caracterizado pela inflação de ‘novos ramos emergentes’ dentro deste campo do ordenamento jurídico”. Têm-se uma referência específica à ampliação dos riscos das sociedades modernas e do consequente crescimento do Direito Penal para tratar desses novos riscos.

Deve-se ressaltar que, mesmo que novos dispositivos legais, de ordem penal ou processual penal sejam necessários, isso não significa no reconhecimento de um novo Direito Penal específico da área de informática, pois, para se ter isso, é necessário o reconhecimento de características próprias, objetos específicos, de abordagens metodológicas diferentes. Do contrário sempre que houver novas condutas frente aos avanços tecnológicos e aumento de conhecimento do homem, ter-se-ia que falar em um novo tipo de direito, quer de ordem penal ou civil, dentre outros.

O mesmo Rodrigues<sup>569</sup>, citado linhas atrás, defende a ideia de que já existe a citada autonomia desse direito:

consideramos que esta nova disciplina já ganhou foros de um dado face ao Direito Penal econômico e patrimonial tradicional, pelo que é um dado incontroverso, que este novo tipo de criminalidade não tem apenas repercussões ao nível do direito substantivo penal, mas, de igual modo ao nível do processo penal. Estamo-nos a referir, não só à matéria da cooperação judiciária e policial, mas igualmente ao surgimento da ciência forense digital com o seu precioso contributo para a racionalização da fase de obtenção de prova digital que é típica desta criminalidade inerente aos fluxos informacionais e comunicacionais digitais e que condiciona decisivamente o paradigma de investigação criminal. Mais do que um Direito Penal informático, temos um verdadeiro “direito (processual) penal informático.

No entendimento deste autor, essa “nova forma de direito” está ligada às noções de informação e comunicação que envolvem computadores e suas

---

<sup>568</sup> Ibid., p. 195.

<sup>569</sup> Ibid., p. 197

circulações entre eles, sendo que seu caráter expansivo acolhe todas as áreas de incriminação ligadas a eles, como uma forma de especialização. No entanto, por seu entendimento, a informação e comunicação seriam os bens jurídicos desse direito, como bens de valor econômico e social, e como ficariam as demais condutas não relacionadas a tais bens, qual seria o paradigma a tratá-las.

Para defender sua posição de autonomia do “Direito Penal informático”, apresenta Rodrigues<sup>570</sup> sua definição de crime informático:

qualquer conduta lesiva dos fluxos informacionais e comunicacionais, com relevância penal, praticada com o recurso a meios informáticos (sistemas ou redes) e tendo como objeto a integridade, disponibilidade, inviolabilidade/confidenciabilidade, fiabilidade, veracidade e segurança da informação digital e/ou sistemas ou redes informáticas, dos serviços e das redes de comunicações electrónicas [sic] publicamente acessíveis, bem como os repositórios electrónico-digitais [sic] de armazenamento que contém fluxos electrónico-magnético-digitais [sic] contidos em repositórios electrónico-digitais [sic] de armazenamento (perspectiva estática) ou, ainda, separada ou simultaneamente, outros bens jurídicos de natureza pessoal ou colectiva [sic].

Ainda nessa definição fica sem resposta como tratar os crimes que não tenham a informação como bem jurídico atingido por condutas lesivas, como o caso do preconceito e da discriminação racial, onde o bem jurídico é a igualdade, ao que Rodrigues<sup>571</sup> entende que devem ser objeto do Direito Penal tradicional. No entanto, isso tornaria muito específico o direito por ele proposto, de caráter excepcional, e talvez não tendo a proporção suficiente para se reivindicar sua autonomia, a qual apenas encontraria como justificativa a sociedade de risco, que mais uma vez estaria por interferir na criminalização das condutas.

Sobre um Direito Penal específico, interessantes as palavras de Macedo<sup>572</sup>, ao dizer que

a especificidade prende-se com as características especiais da informática e a sua influência no desenho do *iter criminis*, e visam uma maior adequação prática, e não uma nova construção dogmática. O ‘Direito Penal da informática’, parece-nos, é apenas um conjunto de normas penais com a particularidade de incidirem sobre o meio informático.

<sup>570</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva... Op. Cit., p. 203.

<sup>571</sup> Ibid.

<sup>572</sup> MACEDO, João Carlos Cruz Barbosa... Op. Cit., p. 228.



Nesse ponto volta-se a ressaltar que o Direito deve seguir a evolução dos tempos, adaptando-se e moldando-se, sendo difícil falar-se em um direito específico novo, ou no caso de um direito da *Internet*. Talvez exista uma tendência a se falar em um direito digital<sup>573</sup> ou informático, mas de forma a abranger tudo aquilo que se relacione aos computadores e à informática de uma forma geral, em seus vários aspectos em relação ao Direito como um todo, mas não especificamente no que tenha relação ou diga a respeito do Direito Penal.

De qualquer forma, a grande maioria dos delitos cometidos pela rede mundial de computadores é composta de crimes tradicionais, já presentes nas legislações penais postas, onde a *Internet* e os sistemas informáticos se apresentam apenas como mais um meio para sua consecução, como é o caso da discriminação e do preconceito racial, que lesiona o direito fundamental da igualdade.

#### 3.4.2 Os ilícitos penais praticados por meio da *Internet* e o uso da analogia

Quando se analisam os princípios penais, começa-se a abordagem pelo princípio da legalidade ou da reserva legal, constatando-se que de tal princípio decorrem vários aspectos, os quais podem ser vistos como outros princípios.

Entre estes aspectos, foi tratada a questão da analogia, e mais uma vez o tema se faz presente e importante, tendo em vista as novidades e novas possibilidades de condutas contra bens jurídicos trazidas pela *Internet*, constituindo a analogia uma forma de suprir eventuais lacunas da lei, de forma a não se confundir com interpretação analógica ou extensiva da lei penal, as quais constituem formas de interpretação empregadas quando a lei disse menos do que sua real vontade, de forma a se exigir uma expansão de seu conteúdo no momento de sua aplicação. A analogia, por sua vez, é uma forma de integrar a lei, de completá-la.

A analogia apresenta uma classificação segundo seja benéfica ao criminoso, chamada *in bonam partem*, e conforme seja prejudicial a ele, denominada de *in malam partem*, das quais apenas a primeira forma merece aceitação. Como forma de favorecer aquele que praticou um ilícito penal, a analogia exige

---

<sup>573</sup> PINHEIRO, Patrícia Peck... Op. Cit.

1 – que o caso *sub judice* não esteja previsto em norma jurídica; 2 – que o caso não contemplado tenha com o previsto, pelo menos, uma relação de semelhança; 3 – que o elemento de identidade entre os casos não seja qualquer um, mas sim fundamental, ou de fato que levou o legislador a elaborar o dispositivo que estabelece a situação à qual se quer comparar a norma não contemplada<sup>574</sup>.

Interessante a definição de analogia apresentada por Frederico Marques<sup>575</sup>, diante de sua importância ímpar para o Direito Penal pátrio, para quem

[...] a analogia não é propriamente fonte secundária do Direito, mas forma de auto-integração da lei para cobrir lacunas existentes, e segue ele, o processo analógico não cria direito novo, mas descobre o já existente e integra a norma estabelecida, o princípio fundamental, comum ao caso previsto pelo legislador e ao outro, patentado pela vida social.

De acordo com Diniz<sup>576</sup>, toda analogia é

[...] juris, pois tal como toda aplicação o é, não de uma norma, mas do ordenamento jurídico inteiro, por mais aparentemente que se detenha na apuração da analogia das disposições normativas ou de fatos, jamais se poderá prescindir do conjunto da sistemática jurídica que tudo envolve.

Sobre a analogia *in bonam partem*, escreveu Costa Júnior<sup>577</sup> que “o processo de integração analógica, que se socorre dos princípios gerais do direito, é plenamente aceito para excluir a ilicitude ou a culpabilidade do agente, desde que não se tratem de normas excepcionais, em sentido estrito”.

Socorrendo-se de Fragoso<sup>578</sup>, este destaca que “a analogia é somente admissível, em princípio, nos casos em que beneficia o réu (analogia *in bonam partem*), mas não pode ser acolhida em relação às normas excepcionais”.

Mas a questão que importa no momento envolve a aplicação da analogia em caso de condutas que venham a violar bens jurídicos penalmente tutelados e que não encontrem tipificação legal, ou até produzam dúvidas ao intérprete sobre qual é a tipificação correta. Como exemplo pode-se falar do *spam*, que são aquelas

<sup>574</sup> DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 110.

<sup>575</sup> FREDERICO MARQUES, José. **Tratado de Direito Penal**... Op. Cit., p. 224.

<sup>576</sup> DINIZ, Maria Helena... Op. Cit., p. 112.

<sup>577</sup> COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal**: curso completo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 25.

<sup>578</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 86.

mensagens indesejadas ou não solicitadas, recebidas diariamente nas contas de *e-mails* dos usuários, quando já se falou em furto de energia diante da necessidade de se gastar energia ao se apagar essas formas de mensagens, ou então em perturbação da tranquilidade. Como forma de furto de energia estaria ocorrendo uma analogia *in malam partem*, a qual é vedada pelo Direito nacional.

Nesse sentido escreveram Zaffaroni e Pierangeli<sup>579</sup>:

[...] se por analogia, em Direito Penal, entende-se completar o texto legal de maneira a estendê-lo para proibir o que a lei não proíbe, considerando antijurídico o que a lei justifica, ou reprovável o que ela não reprovou ou, em geral, punível o que não é por ela penalizado, baseando a conclusão em que proíbe, não justifica ou reprovou condutas similares, este procedimento de interpretação é absolutamente vedado no campo da elaboração científico-jurídica do Direito Penal.

Por outro lado, poder-se-ia falar da violação de um *e-mail*, o qual corresponde a uma forma de correspondência no mundo real, sendo que, para esta forma de conduta, existe a previsão do tipo penal de violação de correspondência, que poderia ser aplicado ao *e-mail* sem se falar em analogia.

Ainda a título de exemplo, tem-se a pornografia infantil, ou a denominada “pedofilia”, esta na realidade um termo médico constituindo uma espécie de parafilia, ou seja um transtorno sexual, um tipo de perversão, que popularmente se usa para denominar questões sexuais envolvendo crianças e adolescentes, diante do que a *Internet* em nada inovou, apenas se apresentou como forma para a prática dessas condutas, talvez até expondo mais seus autores. Dessa mesma forma poderia se citar estelionatos e furtos mediante fraude, crimes contra a honra cometidos por meio da *Internet*, para não se estender demais nas condutas criminosas.

Tendo em vista, então, que a analogia somente pode ser aplicada em benefício do réu e que em sua grande maioria, os ilícitos cometidos pela *Internet* têm esta apenas como um meio para a ação criminosa, um novo *modus operandi*, o que se tem na prática não é o uso da analogia, mas sim uma adaptação do Direito aos avanços tecnológicos, como sabiamente expôs na época o ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence, ao analisar, em 1998, um pedido de *habeas corpus* cujo objeto em discussão era justamente crime praticado por computador, com a seguinte síntese:

<sup>579</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 3. ed... Op. Cit., p. 173.

[...] não se trata no caso, pois, de se colmatar lacuna da lei incriminadora por analogia: uma vez que se compreenda na decisão típica da conduta criminada, que o meio técnico empregado para realizá-la pode ser de invenção posterior à edição da lei penal: a invenção da pólvora não reclamou redefinição do homicídio para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo.<sup>580</sup>

Citado voto se mostra mais atual do que nunca e demonstra o que já ficou asseverado linhas atrás, ou seja, de que o Direito corre atrás dos fatos e nem por isso precisa ser necessariamente alterado.

### 3.4.3 O criminoso da *Internet*

O sujeito ativo dos crimes informáticos possui um perfil um pouco diferenciado do criminoso normalmente conhecido, uma vez que deve possuir conhecimentos mínimos de informática e de rede de computadores.

Usualmente tais criminosos são chamados de *hacker* ou *cracker*. A denominação *hack* teve origem no Instituto de Tecnologia de Massachusetts dos Estados Unidos, para identificar um meio de se fazer quase tudo com muito conhecimento, chegando-se posteriormente a expressão *hacker*, o qual foi relacionado ao avanço tecnológico, identificando quem efetua a invasão de computadores ligados em rede sem a devida autorização. Como o termo de origem, refere-se a pessoas com muito conhecimento informático e dispostas a demonstrar seu conhecimento e a novos desafios buscando o reconhecimento de sua capacidade, e para tanto fazem uso de seu conhecimento e dos recursos informáticos que ajudem a dificultar sua identificação e localização, além de possibilitar o encontro de meios para a invasão, que se dá, por exemplo com o envio de um programa espião que possibilitará o acesso ao computador que o abrir. O objetivo do *hacker* é demonstrar sua habilidade, invadindo e saindo de sistemas sem serem detectados, após o que muitos dele até tornam a invasão pública.<sup>581</sup>

De outro lado existem também os *crackers*, verdadeiros *hackers* mas com

<sup>580</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 76689/PB**. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, 21 de setembro de 1998. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 22 out. 2012.

<sup>581</sup> SANTOS, José Eduardo Lourenço dos... Op. Cit., p. 51.

objetivos diferentes, voltados à prática de condutas criminosas ou ilícitas, de pequenos danos à subtração de grandes somas ou acesso a informações restritas que podem ser utilizadas em benefício próprio ou de terceiros.<sup>582</sup>

Tais tipos de pessoas atuam pelas mais diversas razões, seja pelo desafio de conseguirem invadir um sistema de informática, por exemplo, ou pela intenção de obter um lucro patrimonial como no furto ou na extorsão, podendo ainda agir por simples motivação originada na vingança ou raiva de uma pessoa, como nos crimes contra a honra, ou até como forma de manifestar sua liberdade de expressão. Em resumo, poderia se falar em motivação por aventura, vingança, inveja, ambição, sentimento pessoal de conquista e superioridade, etc.

Como já destacado, são pessoas diferenciadas, pertencendo a uma determinada faixa etária, “podemos dizer que se trata de indivíduos entre os 15/40 anos, socialmente isolados, introvertidos, arrogantes ou agressivos”<sup>583</sup>, acrescente-se a isso o fato de que boa parte desses criminosos fazem parte de classes sociais com maior poder aquisitivo. Poderia pensar-se em uma escala de classificação de acordo com o tipo de conduta praticada: pessoas perturbadas seriam aquelas relacionadas aos delitos sexuais; os que fazem parte de organizações criminosas são os que possuem maior capacidade e conhecimento intelectual, bem como maior facilidade em obter equipamentos informáticos, dentre os quais poderíamos colocar os que visam a benefícios financeiros e patrimoniais; usuais ou amadores são aqueles que encontraram na *Internet* apenas mais uma forma para externar seu comportamento criminoso; o audacioso, como sendo o que pretende mostrar seus conhecimentos e a incapacidade de órgãos públicos em os encontrar; e ainda o técnico, como sendo aquele que faz da informática e a *Internet* seu dia-a-dia de trabalho.

Com o avanço da tecnologia, hoje qualquer pessoa pode praticar um crime informático comum, sendo que para as demais formas se exige um conhecimento um pouco acima do usual. A tendência, diante do potencial tecnológico existente, das imensas possibilidades de uso da *Internet*, é no sentido de que essa forma de cibercriminalidade aumente cada vez mais.

Nos casos mais especializados, como as organizações criminosas ou ciberterrorismo, poderia se pensar no criminoso da *Internet* como um tipo especial,

---

<sup>582</sup> Ibid., p. 51-52.

<sup>583</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva... Op. Cit., p.154.

conhecedor de informática, de legislação existente, e, portanto, difícil de ser identificado e responsabilizado criminalmente. Nos casos comuns, a *Internet* nada mais é do que mais um meio para a prática de condutas ilícitas, e que muitas vezes pode denotar um aparente anonimato, levando a uma maior exposição, o que terá efeito contrário, permitindo com maior facilidade a identificação do agente criminoso.

#### 3.4.4 Os instrumentos da prova penal e competência

Quando se pensa em prova, bem como em investigação, relacionada a um crime informático ou praticado por meio da *Internet*, deve-se levar em conta a prova física e os rastros deixados no ciberespaço.

Sobre a prova penal, que Rodrigues<sup>584</sup> denomina de prova “eletrônico-digital”, escreveu ele que

a prova electrónico-digital [sic] pode definir-se como qualquer tipo de informação, com valor probatório, armazenada [em repositório electrónico-digitais [sic] de armazenamento] ou transmitida [em sistemas e redes informáticas ou rede de comunicações electrónicas [sic], privadas ou publicamente acessíveis], sob a forma binária ou digital. Em Julho de 1998, o *Scientific Working Group on Digital Evidence* (SWGDE) definia a “*digital evidence*” como qualquer informação com valor probatório que se encontra armazenada ou é transmitida sob a forma binária.

Em termos de prova física, esta se refere ao computador utilizado para a conduta ilícita, pois pode deixar armazenado em seu interior elementos indispensáveis para comprovação da autoria e da materialidade, ainda que a máquina tenha sido alterada, seus programas apagados. Existem dispositivos decorrentes da própria informática que são capazes de identificar o que for necessário, recuperando-se dados que se tentou esconder.

Nesse sentido se tem entendido que o computador suspeito de ser utilizado em um crime não deve sofrer qualquer tipo de alteração, sob pena de se promover adulteração no que nele existia e que tinha sido feito apenas pelo virtual criminoso, devendo ocorrer uma colaboração da vítima nesse sentido, pois, se o seu

---

<sup>584</sup> Ibid., p. 722.

computador foi “atacado”, ou recebeu algum tipo de mensagem criminosa, sua máquina já é ponto de partida para se tentar rastrear e identificar a origem de tais tipos de condutas.

Sobre o rastreamento, o papel de suma relevância nas investigações é o do provedor de acesso à *Internet*, tendo em vista que grande parte desse procedimento tem por base a identificação do *Internet Protocol* (IP) do computador do infrator, e assim que se consegue isso e se identifica o provedor por ele utilizado, este é capaz de fornecer os dados do usuário, salvo raras exceções (quando o usuário, com grande conhecimento informático, consegue “camuflar” citado endereço de IP, ou seja, sua identidade informática).

Inicialmente, no caso do Brasil, antes de mais nada é necessária uma autorização judicial para se obter o IP do suspeito, apesar da possibilidade de que alguém com conhecimentos técnicos suficientes consiga essa informação, salvo no caso de sua conduta ter sido praticada por meio de *e-mail*, no qual já se encontra o *Internet Protocol*. Identificado o IP, novamente por meio judicial, nos termos da Constituição Federal e da Lei n. 9.296/1996, o provedor de acesso à *Internet* fornece os dados cadastrados do seu usuário, os quais possui nos arquivos *logs* de acesso por ele mantidos. Observe-se que em alguns casos podem existir contratos que permitem o acesso à informação sem a necessidade de autorização judicial, a exemplo do que pode ocorrer nas fraudes bancárias cometidas por meio da *Internet*.<sup>585</sup>

Importante observar-se que a legislação citada sobre interceptação telefônica deve permitir a quebra do sigilo bem como a interceptação do fluxo de informações que transitam pela *Internet* (troca de mensagens, conversas em redes sociais, etc.), quando necessário. Importante, também, a necessidade da existência de uma legislação que obrigue os provedores de acesso à *Internet* a manterem seus arquivos de acesso por um prazo razoável, sob pena de não se conseguir identificar eventual autor de um cibercrime.

O rastreamento do IP com identificação do usuário, bem como a interceptação de dados informáticos ocorre no mundo virtual, e não mais especificamente na forma física, como é aquela feita no computador da vítima ou de criminoso. Indispensável a esse rastreamento é o provedor de acesso, responsável

---

<sup>585</sup> FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo dos; GIMENES, Eron Veríssimo... Op. Cit., p. 163.

pelas portas de acesso à *Internet*, prestador de serviço que constrói uma “ponte” pela qual o usuário passa do mundo real para o virtual. Portanto, o anonimato não pode ser visto como uma característica da *Internet*, em que pese a existência de cibercafés, redes *Wi-Fi* existentes nos mais diversos locais e abertas a todos, dentre outros recursos tecnológicos já existentes e outros por virem, que mantêm ainda a ideia de intercomunicação anônima, ressaltando que mesmo tais meios são passíveis de algum tipo de controle de forma a dissuadir as práticas ilícitas.

Sobre a dificuldade de investigação e necessidade de regulamentação de algumas atividades relacionadas à *Internet*, Barrales<sup>586</sup> observou que existe uma classificação de investigação em linear e não-linear. Linear seria a forma de investigação desenvolvida com as informações prestadas pelo provedor de acesso, considerando-se os dados cadastrais do internauta que utilizou o IP identificado na conduta ilícita, tudo dentro do que é legalmente permitido e autorizado legalmente. Já a investigação não-linear é aquela onde se realiza uma engenharia regressiva valendo-se de mecanismos disponíveis na própria *Internet*, a fim de se chegar a localização do IP de origem da ação praticada, sem a necessidade de se ter acesso a privacidade ou invadir, violar, direito e garantia fundamental. De qualquer forma, neste último tipo de investigação, sempre existe o risco de se identificar um computador instalado em escolas, cybercafés, entre outras formas de espaço que possibilitem acesso à rede mundial de computadores, o que dificultará a identificação do real autor da conduta.

Destacam-se orientações fornecidas pelo Serviço Secreto norteamericano, no que tange a investigações de cibercrimes:

segundo o guia de melhores práticas para apreensão de evidências publicado pelo Departamento de Segurança Interna e o Serviço Secreto dos EUA, quando o policial civil chegar a um lugar de crime e verificar que o computador pessoal ou doméstico está ligado, deve inicialmente verificar se está conectado a uma rede. Caso não esteja, impõe-se que, preliminarmente, fotografe o local com ilustração da tela e dos cabos conectados à CPU. Caso a imagem da tela esteja em módulo de descanso, a única providência a ser tomada será o deslocamento do mouse ou o acionamento da tecla de espaço, visando recuperar a imagem ativa da tela para ilustração fotográfica. Em seguida, deve ser retirado o cabo de força da parte de trás da torre, operação que visa impedir o perdimento da memória *ram*.

<sup>586</sup> BARRALES, Domingo Martim Montanaro. Tecnologia da informação: elucidação de crimes nos meios eletrônicos. In: Fórum sobre Direito Eletrônico do Instituto Paulista de Educação Continuada (IPEC). **A Internet e o Poder Judiciário**. São Paulo, 20 nov. 2004. (Palestra).



Assim, o perito poderá recuperar dados eletrônicos da última operação feita pelo suspeito.

Em palestra proferida durante o Curso de Crimes Cibernéticos, evento ocorrido nos dias 19 e 20 de fevereiro de 2009, no teatro do Sesi, em São Paulo, onde se promoveu o intercâmbio entre os órgãos de repressão aos crimes informáticos dos EUA e Brasil, agentes do Serviço Secreto dos EUA defenderam a hipótese de realizar uma imagem do HD do computador do investigado para um HD externo, antes de desligar a fonte de energia. Como a imagem reflete uma cópia fiel dos dados armazenados no HD do computador do suspeito, isso somente seria possível com a adoção de *software* especialista, sob pena de alteração dos registros e contaminação da prova. Essa providência teria duas funções: a de dar segurança na produção da prova com o *backup*, já que os dados contidos no HD do computador da pessoa investigada estão sujeitos a danos em caso de transporte inadequado, bem como a de evitar a apreensão do computador da pessoa indigitada, já que os dados do HD já foram objeto de busca e apreensão. Essa segunda hipótese adequa-se a uma investigação garantista, minimizando o constrangimento causado à pessoa investigada em face da eventual constrição de seu computador. No entanto, tal providência dificilmente será implementada no Brasil, em face do custo a ser suportado pelo Estado, com o suprimento do HD externo, o qual, após ser periciado, deverá instruir o processo crime. De qualquer forma, em caso de adoção dessa metodologia investigativa, seria importante que o perito requisitado pela autoridade policial providenciasse a imagem do HD no próprio local da busca e apreensão.<sup>587</sup>

Verifica-se que a prova, em se tratando de cibercrimes, é frágil, pode ser facilmente alterada, é volátil, temporária, dentre outras características, exigindo todo o cuidado no seu recolhimento, devendo se documentar, quando possível, toda a intervenção pessoal no citado ato de recolha de provas.

O que é indispensável é que em qualquer tipo de investigação e procura de provas, tudo seja feito nos termos do legalmente permitido pelas leis processuais a fim de não se perder o que foi conseguido, ou seja, preservação dos locais, do computador, perícia legal e especializada, materialização do que for possível, respeito aos direitos constitucionais em especial na interceptação da dados informáticos na forma legal. Ressalte-se que citadas provas já existentes na legislação processual, a exceção da obrigação legal de provedores de acesso manterem seus arquivos (chamados de arquivos *logs*, ou seja, arquivos de registro de atividades) por determinado tempo, ao que se entende neste trabalho, deve ser por um prazo entre um e três anos.

Do que foi abordado, constata-se que, em caso de cibercrimes, existe uma

---

<sup>587</sup> FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo dos; GIMENES, Eron Veríssimo... Op. Cit., p. 164-165.

distância entre o autor do ilícito e a vítima, característica esta nem sempre presente nos ilícitos tradicionais, como no homicídio. Além do que essas formas de crimes envolvem sempre um mínimo de técnica e conhecimento em informática até um elevado conhecimento (criptografia, por exemplo, e que não será objeto de nossa abordagem nesse texto) de forma a exigir uma especialização daqueles que irão tratar na investigação, ou seja, de unidades de investigações próprias para os crimes digitais.

Quanto maior o uso da rede mundial de computadores, maior o risco de ser vítima de um cibercrime, devendo cada um se autotutelar, proteger-se das ações maliciosas, verificando e controlando seus acessos, mantendo programas de proteção atualizados, evitando prestar informações pessoais, salvo quando indispensável, dentre outras formas de se evitar a vitimização.

A *Internet* apresenta a característica de romper com limites de espaço e de tempo, conforme já observado, e isso acarreta outro problema no que se refere a investigação e consequente processo dos crimes informáticos, aquele que diz respeito com a competência para tais procedimentos.

Sobre competência, escreveu Tornaghi<sup>588</sup> que “competência é sempre a permissão legal de exercer parte de certa atribuição”. E prosseguiu ele afirmando que

[...] é exatamente isso que acontece com os juízes. Pelo simples fato de serem juízes, têm jurisdição, poder de julgar. Se esse poder não é restringido por nenhuma lei, compete-lhe julgar tudo. A jurisdição é um poder, enquanto a competência é a permissão legal para exercer uma fração dele com exclusão do resto, ou melhor, a possibilidade (não o poder, não a potencialidade) de exercitá-lo por haver a lei entendido que o exercício limitado do poder se enquadra em determinado esquema metódico. O conceito de jurisdição é ontológico, diz respeito ao poder em si, ao poder de julgar. O de competência é metodológico<sup>589</sup>.

Definindo o que é competência, Tourinho Filho<sup>590</sup> afirma que é “o âmbito, legislativamente delimitado, dentro do qual o órgão exerce o seu Poder Jurisdicional”.

Quando se trata de cibercrimes, que têm, muitas vezes, a característica de

<sup>588</sup> TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1, p. 91.

<sup>589</sup> Ibid., p. 92.

<sup>590</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 284.

serem crimes à distância, ou seja, envolvem a transnacionalidade, o território de dois ou mais países, ultrapassando as fronteiras físicas entre Estados soberanos, a teoria da ubiquidade em termos de lugar do crime, se mostra indispensável. Isso significa aceitar como competente, ou como praticado o crime, tanto o local da conduta como o do resultado, de forma a se poder aplicar a lei nacional de quaisquer desses lugares. Esta teoria é expressamente reconhecida no Código Penal Brasileiro, em seu artigo 6: “considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou devia produzir-se o resultado”<sup>591</sup>. A jurisdição pode ser definida como a demonstração de soberania do Estado, sendo ela una e indivisível. Enquanto a competência é a capacidade de exercer a jurisdição dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal, ou seja, de acordo com Frederico Marques<sup>592</sup>, ela “é a medida e o limite da jurisdição”.

Sobre a teoria da ubiquidade, descreve Valin<sup>593</sup>:

[...] de acordo com esta teoria se o crime adentrar no território nacional, mesmo que transitoriamente, a lei brasileira será aplicável. E segue o citado autor afirmando que, de acordo com a atual legislação nacional, muitos delitos ocorridos na *Internet* podem ser processados na justiça brasileira, mesmo que não haja, por parte do Estado brasileiro, um interesse de que se processe aqui o infrator. O princípio da territorialidade e a teoria da ubiquidade [sic] geram para a *Internet*, uma confusão, pois todos os países que os adotam podem considerar que determinado delito cometido na *Internet* tenha ocorrido também em seu território.

Sobre a transnacionalidade, diante do caráter de envolver mais de um Estado na investigação e consequente processo, a celebração de tratados e acordos internacionais, bem como o estudo sobre a possibilidade de uma legislação uniforme em nível mundial dentro do princípio da justiça universal (no entanto, neste caso, seria necessária a identificação de um rol de bens jurídicos a merecerem proteção mundial), se mostra indispensável já no presente e ainda mais no futuro.

Como modelo ideal poderíamos pensar na celebração de tratados internacionais contendo normas claras e específicas, e que fossem adotadas de maneira uniforme por todos os países, versando sobre a competência em todos os

<sup>591</sup> BRASIL. **Decreto-lei n. 2848 de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 22 out. 2012.

<sup>592</sup> FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 220.

<sup>593</sup> VALIN, Celso. A questão da jurisdição e da territorialidade nos crimes praticados pela *Internet*. In: ROVER, Aires José (Org.). **Direito, sociedade e informática**: limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000, p. 116.

aspectos, local da prática da conduta, local onde o autor se encontra, local em que a vítima foi atingida, a fim de permitir uma melhor colheita e produção de provas, além do fato de determinadas condutas não incriminadas em um determinados país, porém incriminadas em outros.

Sobre acordos de cooperação celebrados entre o Brasil e outros países, a respeito de matéria penal, temos acordos firmados com a Colômbia, Estados Unidos, França, Itália, Peru e Portugal, versando sobre a repressão de crimes praticados por meio da *Internet*, existindo ainda tais acordos sobre atos bilaterais versando sobre cartas rogatórias com Argentina, Bolívia, Chile, Estados Unidos, França, Peru, Portugal, Estados Unidos e Uruguai.<sup>594</sup>

Ainda em se discorrendo sobre a questão de competência no caso de crimes informáticos, pode-se imaginar que, muitas vezes, mais de um país pode se encontrar envolvido na prática de determinada conduta.

De facto [sic], não se pode esquecer, como relembra alguma doutrina, que entre o lugar da acção [sic] e o lugar do resultado podem existir idas e vindas que afectem [sic] aos limites jurisdicionais de outros Estados. A ubiquação dos nodos envolve como efeito certos “saltos territoriais” que poderiam colocar dúvida acerca de se qualquer um dos Estados em que se situa um daqueles, poderia também julgar-se cometido o crime. A situação não é líquida. O rastro electrónico-digital [sic], através do qual ocorre a sofisticada acção [sic] de execução do facto [sic], não pode aspirar a definir uma qualquer pretensão de jurisdicionalidade. Importa notar que somente o lugar no qual se desfere a acção [sic] e o lugar no qual se executa o resultado podem trazer elementos necessários para a sua ponderação. A irrelevância jurídica dessa “rota telemática” para efeitos de afirmar ou negar a própria jurisdição, afigura-se como uma consequência necessária da ausência de bem jurídico ofendido nos chamados “lugares de trânsito”.<sup>595</sup>

Quando o crime informático ocorrer em sua totalidade em território nacional, as disposições existentes no Código de Processo Penal são suficientes para solucionar qualquer questionamento que eventualmente possa aparecer, considerando-se ainda a divisão constitucional de competência de carácter federal e competência de carácter comum. Com relação a previsão processual, o artigo 70 do Código de Processo Penal brasileiro estabelece que a competência é determinada *ratione loci*, ou seja, pelo lugar da consumação da infração, e no caso da tentativa

<sup>594</sup> FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo dos; GIMENES, Eron Veríssimo... Op. Cit., p. 174.

<sup>595</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva... Op. Cit., p.165-166.

pelo local onde se praticou o último ato de execução, critério este de fixação puramente objetivo, salvo quando existir previsão legal de competência de foro especial, o qual deve então prevalecer.<sup>596</sup>

Em caso de delitos onde a conduta se verifica em um lugar e o resultado em outro, dentro do território nacional, o mesmo artigo processual determina que deve prevalecer a competência do lugar onde se deu o resultado, observando-se que talvez o mais correto fosse o local da conduta, onde as provas seriam mais facilmente obtidas. No entanto, onde se deu o resultado é onde ocorreu o rompimento da paz social, devendo ser ali que a mesma deve ser restabelecida.

Quando não for possível determinar-se o local da conduta, de forma subsidiária o Código de Processo Penal, em seu artigo 72, estabelece ser competente o local do domicílio ou residência do réu, restando a prevenção para a possibilidade de ele possuir mais de uma residência, conforme o artigo 72 e seu § 1º, do citado diploma. Em não possuindo ele uma residência, ou sendo desconhecido seu paradeiro, de acordo com o § 2º do mesmo artigo, competente será o juiz que primeiro tomar conhecimento do fato.<sup>597</sup>

Por fim, é importante destacar a questão de que, em se tratando de competência e sendo o acesso à *Internet* realizado por meio de um provedor, poderia imaginar-se que o local onde este se encontra ser o competente para investigação e processo do ilícito penal, ou até ser o provedor responsável pelo ocorrido. A esse respeito já ocorreu decisão judicial no final de 1999, nos Estados Unidos, na qual a Corte de Apelações decidiu ser o provedor de acesso à *Internet* simples condutor das informações que por ele passam, de forma análoga ao que ocorre com companhias telefônicas, as quais não podem ser responsabilizadas pelas conversas e no que destas podem resultar, já que não realiza um controle desse conteúdo em trânsito.

Do mesmo entendimento foi a decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça nacional neste ano<sup>598</sup>. Ainda,

a *Corte de Apelações do Estado de Nova York*, em decisão proferida no final do ano de 1999, decidiu que o provedor de acesso à *Internet*

<sup>596</sup> BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 22 out. 2012.

<sup>597</sup> Ibid.

<sup>598</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1308830/RS**. Relator: Nancy Andrighi. Brasília, 08 de maio de 2012. Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em: 22 out. 2012.

é mero condutor para as informações que por ele transitam, à semelhança do que ocorre com companhias de telefones, as quais não podem ser responsabilizadas pelos conteúdos das conversas que transmitem, e uma vez que não exerce controle editorial sobre as mensagens, jamais poderia ser responsabilizado pelo conteúdo das mesmas.<sup>599</sup>

Essa parece ser a melhor solução, pois o provedor de acesso apenas possibilitou que se entrasse na *Internet*, fugindo a todas as previsões legais sobre competência, o fato de se determinar o local onde ele se encontre como o adequado para investigação e processo criminal.

---

<sup>599</sup> SANTOS, José Eduardo dos... Op. Cit., p. 87.

## **4 PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO RACIAL: A *INTERNET* COMO VEÍCULO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E OS ASPECTOS CRIMINAIS NO BRASIL**

O estigma da raça com consequente preconceito e discriminação, sempre estiveram presentes na história da humanidade, como por exemplo a Ku-Klux-Klan, o nazismo, ou ainda a escravidão no Brasil. Modernamente, diante das Constituições Federais democráticas, questiona-se até que ponto a liberdade de expressão, como direito fundamental, pode servir como justificativa de tais práticas, e onde se encontra o limite imposto pelo direito fundamental de igualdade, amparado pela dignidade humana a limitar as manifestações de preconceito e discriminação racial, com a consequente resposta criminal de efetiva atuação, como forma de garantir este último direito, conforme já abordado. Essa discussão recebeu novo paradigma diante do surgimento da rede mundial de computadores como mais uma forma proporcionada pelos avanços tecnológicos de se manifestar a liberdade de expressão, mais um veículo de comunicação. Essa é a tônica do presente capítulo, em direção ao qual se encaminharam os capítulos antecedentes, como pedra angular da pesquisa proposta, ou seja, a questão do preconceito e da discriminação racial efetivados pela *Internet* e a legitimidade do Direito Penal para interferir quando presentes essas práticas.

### **4.1 O PRECONCEITO E A DISCRIMINAÇÃO RACIAL: ALGUNS CONCEITOS**

O preconceito e a discriminação envolve fatores sociais e culturais, e não biológicos. Tanto isso corresponde à realidade que pessoas que fazem parte de determinada raça normalmente discriminada, se apresentarem uma posição social de algum destaque, deixam de sofrer esse tipo de segregação, deste que seja capaz de demonstrar cultura superior como membro de uma civilização acima dos demais, como também ocorre na questão racial: “a raça é uma naturalização das formas de

ser, de se comportar, de sentir as diferentes formas de realização pessoal dos valores de um sujeito civilizado”<sup>600</sup>.

A pessoa vítima de tais atos é estigmatizada, ou seja, marcada pela sociedade ou por parte dela, em virtude do grupo ao qual pertence, de opções pessoais, de características físicas, dentre outras marcas. Como destaca Bacila<sup>601</sup>:

mas se tratava de marca presente em pessoas de classe inferior e portanto, a palavra *stigma* que expressa em latim “tatuagem”, passou a ter um outro significado social negativo. Atualmente o conceito de estigma parece ser bem claro ao apresentar um aspecto objetivo como características de uma raça ou do sexo feminino ou de atos e comportamentos religiosos ou de visível pobreza, mas também consiste em valoração subjetiva: “se é pobre é ruim”, “se é deficiente físico” não pode trabalhar tão bem quanto um “normal”, “se é mulher é inferior ao homem” etc. O estigma gera descrédito e desvantagem e a idéia [sic] de que o estigmatizado não é completamente humano.

Pode-se afirmar que a discriminação decorre de uma determinada opinião ou do conjunto de opiniões, as quais são recepcionadas sem qualquer problematização ou crítica, isto é, de maneira passiva e não racional, pelo costume, tradição ou imposição de determinado grupo, quando na verdade é uma opinião errada que se amolda aos interesses daqueles que a aceitam por predisposição. Conforme escreveu Bobbio<sup>602</sup>, “essa predisposição a acreditar também pode ser chamada de prevenção. Preconceito e prevenção estão habitualmente ligados entre si”.

Seguindo essa linha de raciocínio, sendo o indivíduo predisposto a aceitar opiniões que lhe convenham, o que se verifica é que o preconceito pode ser apenas de uma determinada pessoa ou de um grupo de indivíduos, de forma a termos individualmente ou coletivamente. Individualmente, o preconceito é algo pessoal, que envolve os sentimentos e particularidades subjetivas de um ser humano. Por outro lado, em sua forma coletiva, o que se tem é um grupo social com a mesma crença sobre determinada opinião recebida sobre outro grupo social, sendo, de tal forma, mais grave ou danosa.

<sup>600</sup> CASTEL, Robert. **A discriminação negativa: cidadãos ou autóctones?** Tradução Francisco Morás. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 89.

<sup>601</sup> BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas, um estudo sobre os preconceitos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. XVI.

<sup>602</sup> BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011, p. 104.



Ao falarmos em danosa, queremos nos referir a danosidade social a qual reflete em conflitos sociais de julgamento de uns sobre os outros, os quais podem chegar ao extremo da violência, já que estamos tratando de grupos de indivíduos e que o reflexo de posicionamento é mais forte que na forma individual.

Essa forma coletiva de preconceito é que leva à discriminação como consequência nociva, podendo assumir as mais diversas facetas, desde a questão de preferência sexual, cor, procedência nacional, posição social, deficiências corporais, posicionamentos políticos, até o problema da raça, que particularmente tem interesse na presente abordagem.

Observa Rabossi<sup>603</sup> que “discriminar supõe adotar uma atitude ou levar a cabo uma ação prejudicial, parcial, injusta, ou formular uma distinção que, em definitivo, é contrária a algo ou a alguém” (tradução nossa). Na verdade constitui uma forma desigual e inaceitável de tratamento dado a alguém, constituindo-se em forma de exclusão que afeta direitos fundamentais.

Em relação à discriminação, concorda-se com o seguinte entendimento:

significa qualquer coisa a mais do que diferença ou distinção, pois é sempre usada com uma conotação pejorativa. Podemos, portanto, dizer que por “discriminação” se entende uma diferenciação injusta ou ilegítima. Por que injusta ou ilegítima? Porque vai contra o princípio fundamental da justiça (aquela que os filósofos chamam de “regra de justiça”), segundo a qual devem ser tratados de modo igual aqueles que são iguais.<sup>604</sup>

A discriminação é justamente o tratamento desigual dos iguais, ferindo a questão da igualdade, de acordo com o que foi enfrentado no capítulo primeiro do presente texto, em suas diversas formas.

Pode-se definir preconceito e discriminação, com base em Santos<sup>605</sup> (2001), de forma sucinta. O primeiro é o conceito ou opinião formados antecipadamente, ideia preconcebida, credence, intolerância ou aversão a outras raças, credos, religiões, etc. Já com relação à discriminação, esta seria qualquer espécie de segregação (negativa) dolosa, comissiva ou omissiva, adotada contra alguém por

<sup>603</sup> RABOSSI, Eduardo. Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación. In: GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Org.). **El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario**. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007, p. 50. No original: “discriminar supone adoptar una actitud o llevar a cabo una acción preudiciosa, parcial, injusta, o formular una distinción que, en definitiva, es contraria a algo o a alguien”.

<sup>604</sup> BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais...** Op. Cit., p. 107.

<sup>605</sup> SANTOS, Chritiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação, análise jurídico-penal da Lei n. 7.716/1989 e aspectos correlatos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

pertencer, real ou supostamente, a uma raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, e que visa a atrapalhar, limitar ou tolher o exercício regular do direito da pessoa discriminada, contrariando o princípio constitucional da isonomia.

Em virtude da discriminação e do conseqüente tratamento desigual, um grupo determinado escolhido muitas vezes se depara com situações onde é privado de certos serviços, de conhecimentos, de cultura, de entretenimento, e assim por diante, por outro grupo com maior poder e com preconceito em relação a ele. Essa segregação vem a atingir, além do direito fundamental à igualdade, por via indireta, o direito fundamental à liberdade.

Para se atingir essa segregação e se chegar à discriminação, entende-se com Bobbio<sup>606</sup>, escolhendo a questão racial como paradigma e por ser o eixo central dessa pesquisa, além do que ocorre com frequência e de forma menos velada, existe todo um processo, o qual tem início com o reconhecimento de que existem diferenças de fato entre os homens. Em seguida essa diferença de fato assume uma forma de valor no qual se formam grupos em que se concentram os mais iguais, entendendo-se que um deles é melhor e outro pior. Sob o enfoque racial, pode-se escolher os negros e os brancos como diferenças de fato, os quais acabam por se aglutinar em grupos bem identificados onde os negros são considerados inferiores por um juízo valorativo decorrente da tradição histórica ou cultural.

Como última etapa do citado processo, decorrente do juízo de valor, considera-se um grupo ou raça superior a outra, de onde se pressupõe que a superior deve governar e prevalecer sobre a inferior, a qual deve aceitar sua posição ou poderá sofrer conseqüências graves ligadas à violência moral ou física.

Importante ressaltar que diferenças naturais entre os seres humanos sempre existiram e vão existir, pois não existe uma pessoa igual a outra, uma vez que naturalmente o ser humano é desigual. A título de exemplo, pode-se falar do mais forte fisicamente, ou daquele que nasce com alguma deficiência. No entanto, esse não é o problema. A grande constatação é que a diferença que realmente importa é a social, sendo esta que produz o preconceito e conseqüente discriminação. Na realidade, se fosse reconhecida a isonomia, tais grupos deveriam se ajudar mutuamente de forma a coexistirem em um mesmo e único patamar.

---

<sup>606</sup> BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais...**

Como regra, salvo em casos como o do preconceito do homem em relação à mulher, por sua forma coletiva, o preconceito diz respeito a um grupo mais forte e composto pela maioria, o qual atua contra uma minoria, e por isso tem a tendência de se mostrar vitorioso em seus interesses e opiniões. Com isso, tende a prevalecer sob vários aspectos o fato de que grupos preponderantes ditam as regras sociais e jurídicas a serem observadas, o que acaba por refletir na questão política de opressão de minorias, as quais sofrem do mal de marginalização social, o que redundando no sectarismo. Essas consequências decorrentes do preconceito são nefastas e devem ser evitadas em busca de uma sociedade igual e livre.

Voltando à questão racial, o preconceito encontra-se relacionado à ideia de superioridade das raças, predominando algumas delas sobre as outras. Raça, aqui, diz respeito ao campo da antropologia e biologia, reunindo, alocando em grupos indivíduos com elementos físicos coincidentes.

A discriminação e o preconceito racial são históricos, e ainda nos dias presentes representam um grande problema social decorrente de uma crença pré-existente e estimulada por manifestações errôneas, falsas, sem qualquer tipo de comprovação. Decorre de um sentimento de desconfiança e insegurança sobre o “meu mundo, o que é meu”, ao se ter contato com o outro.

O racismo decorre de uma atitude individual. No entanto, é relacionado umbilicalmente ao preconceito coletivo, por envolver uma aversão que se volta a um grupo, e não apenas contra uma pessoa, bem como pelo fato de se manifestar também na forma de grupos ou relacionado de algum modo com eles. Apesar dessa constatação, considerando que se tem um grupo voltado contra outro grupo, o racismo pode se manifestar de maneira individual, desde que envolva pessoas que pertençam a tais grupos. Sobre a ofensa das pessoas escreve Brugger<sup>607</sup> que “o discurso do ódio quase sempre se volta contra a coletividade ou indivíduos na condição de membros de tais coletividades”.

Conforme destaca Dworkin<sup>608</sup>,

a discriminação racial expressa desprezo, e é profundamente injusto e prejudicial ser condenado pelas características naturais; a discriminação racial é, sobretudo, destruidora da vida de suas vítimas

<sup>607</sup> BRUGGER, Winfried. Proibição ou tutela do discurso do ódio? Uma controvérsia entre Alemanha e os EUA. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 186.

<sup>608</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana...** Op. Cit., p. 577.

– não lhes uma ou outra oportunidade que esteja acessível a outrem, mas os prejudica em quase todas as perspectivas e esperanças que possam imaginar. Em uma sociedade racista, as pessoas são de fato rejeitadas pelo que são e é, portanto, natural que as classificações raciais sejam encaradas como capazes de infligir um tipo de dano espacial. Seria, contudo, cruel desaprovar o uso de tais classificações para combater o racismo, que é a verdadeira e constante causa de tais danos.

Sob a ótica do racismo, existem raças superiores e inferiores, devendo estas últimas servirem e respeitarem as superiores, de forma a reconhecer as diferenças e seu *status* na sociedade, devendo aceitar sua posição e se sujeitar à sua inferioridade, resultando na já citada segregação.

Sobre discriminação, Sarmiento<sup>609</sup> faz a distinção entre a discriminação de fato e a indireta: “discriminação de facto [sic] na aplicação das normas racialmente neutras e a discriminação indireta, que envolve a aplicação da teoria do impacto proporcional”. A primeira forma por ele citada trata do racismo perante a lei, e quanto à segunda, se têm formas de atuação, intencionais ou não, mas que na sua aplicação prática empresarial, política, estatal ou não, pode resultar um prejuízo aos grupos discriminados sem que se perceba, uma vez que decorre de um texto normativo aparentemente neutro.

Convém destacar que ao combater o preconceito e a discriminação, se deve ter o cuidado em não se transformar nas mesmas pessoas que os praticam, tornando preconceituoso e discriminador em relação a elas.

Por não respeitar direitos fundamentais como o da igualdade e da liberdade, lesionando assim bens fundamentais ao homem para uma vida social digna, por impedir que todos tenham participação igual na sociedade, por ser violento, cruel e até criminoso, o preconceito e a discriminação racial devem ser evitados e combatidos com os meios necessários a tanto, dentre eles o uso do Direito e em especial, como última forma, o Direito Penal.

Não devemos esquecer que quando se fala em direito à igualdade, explorado no capítulo dois deste texto, também se deve considerar o direito à

---

<sup>609</sup> SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional e igualdade étnico-racial. In: BRASIL. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da república – SEPPIR. **Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial**. Coordenação Flávia Piovesan e Douglas de Souza. Brasília: SEPPIR, 2006, p. 70.

diferença, de forma que a justiça apresente o reconhecimento dos desiguais de forma a não produzir mais desigualdades. Nesse sentido observa Piovesan<sup>610</sup> que

é necessário combinar a proibição da discriminação com políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo, isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva.

Na verdade, citada autora quis referir-se às ações afirmativas, ou seja, ações voltadas a grupos mais vulneráveis socialmente, e que necessitam de uma atenção no sentido de se buscar um processo igualitário mais rápido, tem em vista a sua história discriminatória.

Sob a discriminação racial, a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, em seu artigo primeiro, dispõe:

para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação racial” significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo, ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.<sup>611</sup>

Uma das forma de manifestação da discriminação e preconceito decorre da liberdade de expressão, no caso, do abuso de tal liberdade, a qual pode ser manifestada pelos mais diversos meios, inclusive os mais modernos como a *Internet*, e, diante do que foi pesquisado até o momento, esse tipo de manifestação atenta contra o bem jurídico igualdade.

A liberdade de expressão é limitada pela necessidade de proteção de outros direitos fundamentais, uma vez que não se tem uma simples atitude interna, ideológica, moralmente censurável, sem se manifestar no mundo exterior, mas sim a exteriorização de pensamentos que podem lesionar bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal.

<sup>610</sup> PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e igualdade étnico-racial. In: BRASIL. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da república – SEPIR. **Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial**. Coordenação Flávia Piovesan e Douglas de Souza. Brasília: SEPIR, 2006, p. 33.

<sup>611</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 21 de dezembro de 1965**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriraci.htm>>. Acesso em: 01 out. 2012.

## 4.2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A *INTERNET*

No primeiro capítulo da presente investigação, foram abordados os direitos fundamentais como sendo aqueles indispensáveis a uma vida, ao menos com alguma dignidade em sociedade. Entre citados direitos foi dado destaque especial à igualdade e à liberdade, vindo este último a apresentar o viés da liberdade de expressão, um dos pontos centrais da pesquisa proposta.

Destacada forma de liberdade decorre de uma suposta busca pela verdade, ao mesmo tempo em que se tem uma posição paternalista no sentido de que ela é necessária para uma democracia, sendo uma forma de autonomia individual decorrente da liberdade e da dignidade humana. No entanto, mesmo sob tais argumentos, deve existir um limite à livre manifestação de expressão em determinados casos, como no caso do preconceito racial, uma vez que tais formas de pensamento em nada contribuem para uma democracia, a qual tem por ideia central a igualdade entre todos, isso sem se falar na violência que pode ser incitada por eventuais pensamentos racistas. Não se pode pensar ser um direito absoluto, “uma ordem democrática, que se preocupa com a inclusão social de grupos étnicos estigmatizados, a liberdade de expressão não pode se converter em um escudo para o racismo”<sup>612</sup>.

Nesse mesmo texto, Sarmiento<sup>613</sup> apresenta algumas propostas para o combate ao preconceito e à discriminação racial, dentre eles um dos pontos nos chamou a atenção tendo em vista o objetivo desta investigação científica:

9. Combater a divulgação de mensagens racistas em todos os meios e veículos de comunicação, considerando que, tal como decidido pelo STF no chamado caso Elwanger, tais manifestações não podem ser protegidas pela liberdade de expressão na ordem constitucional brasileira.

A liberdade de expressão, como não poderia deixar de ser, sempre caminhou lado a lado com os avanços tecnológicos, principalmente aqueles ligados à comunicação, e isso exige uma adaptação do direito a fim de poder lidar com novos problemas e desafios, o que vem a ocorrer com o surgimento e

---

<sup>612</sup> SARMENTO, Daniel... Op. Cit., p. 104.

<sup>613</sup> Ibid., p. 107.

desenvolvimento da *Internet*.

Como já conceituada, a *Internet* é uma nova forma de o ser humano se comunicar com os demais, de ter acesso às mais diversas informações, em um novo paradigma social ao qual estão ligados o telefone, a televisão, o computador, a informática, resultando em um conjunto que alguns chamam de autoestradas de informação<sup>614</sup>, ou o que podemos denominar de sociedade virtual, ciberespaço ou mundo virtual, o qual convive de forma indispensável com o mundo real, no qual produz os mais diversos efeitos.

Diante dessa constatação, novamente o Direito tem que se adaptar e correr atrás do que já está posto, em seus mais diversos ramos, dentre eles do Direito Penal.

Se está diante de uma nova forma de se expressar, a qual possui características individuais com reflexos, muitas vezes, no coletivo, fazendo uso das características e princípios que já existiam sobre a liberdade de expressão, a exemplo da sua manifestação incondicional, sempre tendo em vista a lesão a outros direitos fundamentais: “a *Internet* cria uma relativa paridade entre emissores e receptores, funcionando como verdadeiro nivelador (*leveller*) da interação comunicativa”<sup>615</sup>.

Por meio da *Internet* qualquer pessoa pode se expressar, tornar público o que acredita ser verdade sobre qualquer tema social, de opiniões sexuais a preferências políticas, sem exceções, dinamizando, potencializando a liberdade de expressão até então conhecida, a qual passa a não contar com barreiras geográficas, temporais ou mesmo impostas por Estados, tornando-se universal, mundial.

Claro que citada “nova liberdade” deve ser preservada e protegida, mas, por outro lado, pode acarretar consequências então impensáveis, como a prática de crimes e violações de direitos por meio da *Internet*, reclamando uma unidade de pensamento internacional de como agir de maneira uniforme e colaborativa.

Uma das formas de assim agir é adotar tipo de restrição à liberdade de expressão na *Internet* com a ideia de proteger bens jurídicos fundamentais ao homem, a fim de não se perder o controle e gerar impunidade. No entanto, isso pode

---

<sup>614</sup> MACHADO, Jónatas E. M... Op. Cit.

<sup>615</sup> Ibid., p. 1105.

acarretar uma regulação do potencial da *Internet*. Segundo Machado<sup>616</sup>

o modelo regulatório tradicional de comando e controlo [sic], apoiado em restrições bem intencionadas e aparentemente razoáveis, a ser praticável, teria como consequência a neutralização de uma parte substancial do poder comunicativo da *Internet*.

Uma outra forma de se agir seria deixar à própria *Internet*, ou seja, aos seus usuários e às entidades que fornecem acesso ao mundo virtual, o autocontrole ou autorregulação, existindo uma falta de confiança de que isso possa funcionar.

Entre as citadas consequências, encontram-se as que violam direitos de personalidade pela *Internet*<sup>617</sup>, como a difusão de ofensas individuais ou dirigidas a determinados grupos sociais como o chamado “discurso do ódio”, relacionado ao preconceito e discriminação racial. De acordo com Meyer-Pflug<sup>618</sup>, tal discurso consiste “na manifestação de ideias que incitam a discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias”. Dessa definição se constata que o discurso do ódio, ou seja, o racismo, não abrange apenas a discriminação racial, mas também a que se refere a nacionalidade, sexo, religião, dentre outras características pessoais, sendo voltado a produzir o ódio e a violência em relação a essas pessoas na forma de discriminação.

Nos casos de incitação, provocam-se atos de discriminação em outras pessoas, como uma apologia às manifestações raciais, devendo essa conduta também ser recriminada, uma vez que pode gerar atos de hostilidade contra grupos determinados, com o cuidado de não estar se praticado um Direito Penal do inimigo<sup>619</sup>.

Uma outra definição interessante de discurso do ódio pertence a Brugger<sup>620</sup>, segundo a qual ele abrange “manifestações [...] que se prestam a insultar ou incomodar uma pessoa ou um grupo, bem como aquelas manifestações que se prestam a conclamar à violência, ao ódio ou à discriminação”.

Quando se fala em discriminação e preconceito, tais palavras têm por fim impedir a liberdade das pessoas que os sofrem, na forma de exclusão, afastamento,

<sup>616</sup> Ibid., p. 1108.

<sup>617</sup> Ibid.

<sup>618</sup> MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro... Op. Cit., p. 97.

<sup>619</sup> MARTÍN, Víctor Gomes. Discurso del ódio y principio del hecho. In: PUIG, Santiago Mir; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy (Org.). **Protección penal de la libertad de expresión e información, una interpretación constitucional**. Valencia: Tirante lo Blanch, 2012.

<sup>620</sup> BRUGGER, Winfried... Op. Cit., p. 180.



de atividades permitidas a todos, vindo a ferir a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

O veículo desse discurso são as palavras, as quais, por sua vez, são proferidas sob o manto da liberdade de expressão, quer na forma explícita ou na forma implícita (leia-se mensagens subliminares), mas são palavras que podem atingir os sentimentos das pessoas de forma a causar reações extremas, bem como produzir até predisposição a algo que ainda não aconteceu.

Como já observado, a liberdade de expressão é parte do direito fundamental de liberdade, mas ela deve ser exercida de maneira a não afetar outros direitos fundamentais, dentro de um possível campo de tolerância, o qual deve existir, tendo em vista que as verdades não podem ser absolutas quando se trata de ser humano.

Realizando-se uma análise dos grupos atingidos pelo discurso do ódio, constata-se que eles normalmente são os mesmos historicamente, voltando-se contra as minorias como forma de exclusão, fato este que demonstra mais uma vez o ataque à igualdade entre os homens e à própria identidade pessoal. Neste caso fica clara sua distinção em relação a ofensas contra a honra das pessoas, as quais têm caráter nitidamente particular, além de não envolverem atos de segregação.

A preocupação que se apresenta é a de como coibir tal forma de discurso, uma vez que se tem um conflito de direitos fundamentais, conforme já enfrentado linhas atrás, o qual deve ser analisado em cada caso concreto, sendo difícil se criar uma regra geral sobre qual direito deve prevalecer. No entanto, um limite à liberdade de expressão mostra-se necessário nesses casos, não se podendo afirmar ser ele um direito prioritário em relação aos demais.

Adicionando-se às citadas constatações a ideia de anonimato, a desterritorialização, transnacionalidade da *Internet*, a mobilidade e difusão dos conteúdos lançados no ciberespaço, a preocupação posta adquire um novo contexto difícil de ser analisado ou determinado no que se refere aos seus reflexos sociais, levando Machado<sup>621</sup> a concluir que,

as dificuldades com a efetivação da responsabilidade têm conduzido alguns a defender a aprovação de leis especiais sobre a violação dos direitos da personalidade através da *Internet*, nomeadamente deslocando a responsabilidade para os servidores, ou colocando o acento tônico em medidas de natureza preventiva. Só que ambas as soluções podem colidir com o princípio da proporcionalidade,

---

<sup>621</sup> MACHADO, Jónatas E. M... Op. Cit., p. 1117.

inviabilizando as potencialidades comunicativas do meio em causa. Uma possibilidade de resolver a questão poderia assentar na adoção de *soluções materiais diferenciadas* de acordo com a diversidade das situações em presença. Assim, os *sites* mais populares que têm por trás de si uma estrutura empresarial ligada a outras atividades de comunicação social, juntamente com outros operadores de *webcasting*, devem ser tratados de acordo com os mesmos princípios que vigoram na imprensa e nos audiovisuais, conforme o caso concreto. Do mesmo modo, se se trata da difusão sistemática de notícias, valem as normas aplicáveis à atividade jornalística. Os outros *sites* seriam tratados a partir de uma perspectiva individual, não publicística e não económica. Uma das dificuldades desta tese prende-se com o perigo de extrapolação dessa diferença de tratamento no domínio da responsabilidade para o plano da liberdade comunicativa. Do mesmo modo, quando se trate de ofensas a bens da personalidade efectuadas [sic] no contexto de fóruns de discussão, deve operar-se uma ponderação sensível à sua estruturação como fórum público e atender-se à natureza dos mesmos, aos seus códigos de ética comunicativa (v.g. “netiquette”) e às possibilidades de reciprocidade na comunicação.

De qualquer forma, existem as mais diversas maneiras de restrição ou de limitação da livre circulação dos mais diversos conteúdos pela rede mundial de computadores, podendo se falar, de forma destacada, em responsabilidade dos servidores de acesso pelo difusão de conteúdos ilícitos, os quais devem adotar formas de controle e vigilância de citados conteúdos. A atuação dos servidores, nesse sentido, possui a dificuldade em não se ter a certeza de quem está fazendo uso da *Internet* no momento em que algo “diferente do normal” acontece, como, por exemplo o acesso a sites com pornografia, o qual não se têm proibido a maiores de idade, mas, como não se tem acesso ao outro lado do acesso, ou seja, não se consegue visualizar quem faz uso do computador ao acessar tais sites, corre-se o risco de se violar o direito de quem normalmente o teria, além de se ter um aumento de custo de serviço, tendo em vista o dispêndio para citado controle.

Trata-se, como observa Machado<sup>622</sup>, de uma forma de censura privada quando existe a falha ou falta de uma censura pública, já existente em países como Alemanha, França e União Europeia, sendo que neste último caso,

o Projecto [sic] de Directiva [sic] sobre o Comércio Electrónico [sic] veio propor a inexistência de responsabilidade por parte do fornecedor de acesso, sempre que o mesmo actue [sic] como mero transportador dos conteúdos, não estando na sua origem, não seleccionando os receptores nem interferindo na informação neles contida, sempre que se limite a armazená-la por razões técnicas e

---

<sup>622</sup> Ibid., p. 1122.

sempre que o mesmo não tenha conhecimento do caráter ilícito dos conteúdos em circulação ou, caso venha a tê-lo, actue [sic] de forma expedita para remover ou desactivar [sic] o acesso à informação. Excluído é igualmente o dever de assegurar a vigilância permanente do serviço.

Agindo os provedores de acesso de tal forma, estariam eles violando a privacidade de seus usuários, um direito da personalidade ligado a liberdade, além de, por analogia, podermos falar que seria o mesmo que as companhias de telefone serem responsabilizadas pelo que os usuários de linha telefônica fizeram no seu dia-a-dia pelo telefone, isto é, existe uma grande desproporcionalidade, isso sem entrar no mérito de se tratar de uma responsabilidade objetiva dos provedores. O que se pode pensar é em um maior controle dos dados dos usuários em arquivo, bem como em facilitar o acesso a eles pelos órgãos estatais de persecução penal, a fim de se garantir ou possibilitar mais facilidade na identificação das pessoas que violarem esses tipos de direito, devendo ser adotado um padrão de atenção, cautela e preservação de informações.

Importa destacar que, no caso de uma censura privada, não se teria o armazenamento por parte do provedor das informações necessárias para futura investigação criminal.

Interligado com essa forma de controle pelo provedores, poderia imaginar-se em uma forma de controle preventivo, impedindo a divulgação, disseminação de determinados conteúdos, sob coação de lei penal, mas também se depara com os mesmos problemas já apresentados, em especial o custo e a violação da privacidade, uma vez que, dentre outras coisas, seriam necessários filtros para se identificarem os conteúdos previamente proibidos em lei. Seria uma forma de censura prévia imposta pelo Estado, mas realizada pelo setor privado dos provedores de acesso à *Internet*, em caráter global:

a *Internet* é um meio de comunicação planetária e não se afigura exigível que o fornecedor de acesso verifique a conformidade dos conteúdos que disponibiliza com todas as ordens jurídicas existentes, e que opere os correspondentes bloqueios. Do ponto de vista prático, há que ter em conta a existência de milhares de fornecedores de acesso à *Internet* em todo o mundo, operando a nível internacional, nacional, regional ou local, ligados entre si numa complexa rede que dá acesso a milhões de *sites*. O seu policiamento é impossível e a proibição de certos conteúdos num determinado local é facilmente contornável através de ligação a outro servidor. A maneira mais eficaz de bloquear conteúdos na *Internet* é bloquear a própria

*Internet*, embora haja dúvidas sobre se mesmo isso é possível.<sup>623</sup>

No entanto, diante da dogmática penal, não se poderia falar em cumplicidade dos provedores de acesso à *Internet*, pois não estaria presente o elemento subjetivo de referida conduta, ou seja, encontra-se ausente o dolo, sendo praticamente impossível se comprovar a culpa, tendo em vista a inexistência de legislação que exige essa forma de controle, devendo ainda se observar que os delitos de preconceito e de discriminação, na forma como são previstos na legislação nacional específica, n. 7.716/1989, exige o dolo por parte de seu agente.

Sob tais alegações, surge o questionamento de um autocontrole dos servidores em combinação com um controle exercido pelos próprios usuários da *Internet*, no sentido de se estabelecerem códigos de ética e respeito na utilização da grande rede de computadores, tendo como origem citadas pessoas, o que deixa dúvidas em relação ao cumprimento voluntário de tais “regras”, falando-se então na colaboração de entidades não governamentais para assegurarem a observação dessas “autoleis”. “A esta luz, a autorregulação e o autocontrole, complementados com uma componente de hetero-controle, surgem como expedientes intermédios para evitar a anarquia total e a intervenção estadual”<sup>624</sup>.

Reportando ao Brasil, existe o Projeto de Lei n. 2.126/1977, chamado de “Marco Civil” para a *Internet*, no qual se encontra previsão de obrigação da manutenção dos registros de acesso à rede mundial de computadores pelo prazo de um ano, sendo que seus críticos alegam tratar-se de uma afronta à liberdade de expressão<sup>625</sup>. Enquanto citado projeto não é aprovado, pode-se recorrer ao atendimento e aplicação das Diretrizes do Comitê Gestor de *Internet* no Brasil, que fala em três anos o prazo para manutenção dos arquivos de conexão à *Internet*, observando que se trata apenas de uma recomendação, a qual pode ser desatendida<sup>626</sup>.

Diante de todo o exposto, fica constatado que alguma forma de regulamentação deva existir, podendo-se pensar em uma combinação das formas

<sup>623</sup> Ibid., p. 1125.

<sup>624</sup> Ibid., p. 1127.

<sup>625</sup> BRASIL. Poder Legislativo. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.126 de 24 de agosto de 2011**. Disponível em: <<http://edemocracia.camara.gov.br/documents/679637/277cc749-e543-4636-9ddb-736144a9b654>>. Acesso em: 10 out. 2012.

<sup>626</sup> Id. Ministério das Comunicações e o Ministério da Ciência e Tecnologia. Comitê Gestor da *Internet* no Brasil. **Práticas de Segurança para Administradores de Redes Internet**. Disponível em: <<http://www.cert.br/docs/seg-adm-redes/>>. Acesso em: 10 out. 2012.

apresentadas, em prol do bem comum, ressaltando-se que isso deve ocorrer em nível internacional, a fim de se evitarem problemas relacionados a ausência de fronteiras no ciberespaço.

O que se constata, também, é que a liberdade de expressão encontrou um poderoso aliado na *Internet*, e que isso pode vir a ser utilizado de forma lesiva contra bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, de forma a exigir uma resposta deste ramo do direito diante de casos concretos.

#### 4.3 A QUESTÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A VIOLAÇÃO DA IGUALDADE, COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Partiu-se do pressuposto de que as Constituições passaram de uma fase de limitar os poderes do Estado garantindo, assim, a defesa de direitos por parte dos indivíduos para uma situação moderna de conflitos na esfera privada, quando se pode exigir a interferência do Estado diante da conduta do outro.

Deve o Estado procurar, sempre que possível, efetivar suas realizações na proteção de direitos fundamentais que envolvem questões entre particulares, o que nem sempre acontece, quando então aquele que se sentir lesado pode utilizar de forma direta de um determinado direito fundamental a fim de obter satisfação.

As Constituições dos atuais Estados Democráticos de Direito possuem em seu texto a proteção dos direitos fundamentais, tendo em vista a importância social, após identificar e enumerar tais direitos, facilitando, assim, a atuação dos agentes de direito, para que não encontrem dificuldades em sua aplicação.

No entanto, conforme já enfrentado no presente texto, pode ocorrer que situações excepcionais coloquem em conflito mais de um direito fundamental, de forma a ser necessário descobrir qual deles deve prevalecer, sendo a ponderação e a proporcionalidade uma boa forma de buscar a solução para o embate ocorrido concretamente, a fim de se atender as necessidades dos indivíduos e da coletividade social.

Interessante o posicionamento do Tribunal Constitucional Federal da

Alemanha, o qual, segundo Brugger<sup>627</sup>, defende a tese de que “a liberdade de opinião não seria um direito fundamental prioritário, mas especificamente significativo”.

Sobre a importância e a atuação das Constituições modernas, em termos de conflitos entre direitos fundamentais, a ponderação jurisprudencial tem se mostrada a mais eficaz:

a aplicação dos princípios ocorre com a ponderação de valores ou interesses, como, por exemplo, a intimidade e o interesse público, a prevalência de um em detrimento do outro, a ser analisada caso a caso pela jurisprudência, bem como a problemática de conteúdo e limites próprios dos direitos fundamentais com sua forte carga axiológica. Assim, a ponderação dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa são basilares no Direito Constitucional pós-moderno. Os direitos fundamentais como exigência e concretização do princípio da dignidade humana. Então, poder-se-ia propugnar uma construção ou uma leitura dos direitos fundamentais com base em valores superiores do ordenamento jurídico: a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo jurídico.<sup>628</sup>

Voltando-nos para o nível nacional, verificamos a existência de um julgamento do Supremo Tribunal Federal que pode ser visto como paradigma para a questão da liberdade de expressão, como segue:<sup>629</sup>

HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO [sic]. RACISMO. CRIME CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comercializar livros "fazendo apologia de idéias [sic] preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei n. 7716/1989, artigo 20, na redação dada pela Lei n. 8081/1990) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos

<sup>627</sup> BRUGGER, Winfried... Op. Cit., p. 184.

<sup>628</sup> LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação**: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 202.

<sup>629</sup> Embora em termos metodológicos não sejam recomendáveis citações longas, opta-se por citar o inteiro teor da ementa do acórdão para que não se perca em sua essência, notadamente devido à importância para o eixo temático do presente trabalho.

se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações aéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamofobia" e o anti-semitismo [sic]. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, *ad perpetuam rei memoriam*, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países organizados sob a égide do estado moderno de direito democrático igualmente adotam em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando idéias [sic] anti-semitas [sic], que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao *discrimen* com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências [sic] históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que,

no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as conseqüências [sic] gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexó estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoá sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No Estado de Direito Democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem. Ordem denegada.<sup>630</sup>

A proporcionalidade entre os direitos fundamentais é reconhecida e aplicada pela a doutrina e a jurisprudência nacionais predominantes. Trata-se de um sopesamento a fim de se verificar qual direito deve ceder sempre que ocorre um conflito, isto é, a “exigência de sopesamento, decorrer da relativização em face das possibilidades jurídicas”<sup>631</sup>.

Tal modelo não deixa de ser diferente quando se está diante de um problema entre liberdade de expressão em conflito com o direito da igualdade, quando deve ocorrer uma redução de aplicação de um direito em defesa de outro, e isso pode ocorrer, inclusive, com a previsão de leis específicas que tutelem tais direitos, conforme restou descrito na jurisprudência citada linhas atrás do Supremo Tribunal Federal.

O observado tanto é verdade e importante que, no caso da liberdade de expressão que venha a colocar em risco ou atacar o direito individual e coletivo de igualdade, se reclama a atuação do Direito Penal, com a previsão ou não de

<sup>630</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 82424**. Relator: Moreira Alves. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 01 out. 2012.

<sup>631</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**... Op. Cit., p. 117.



sanções para o caso de que se tenha um embate de tal natureza concretamente, mesmo que de certa forma, a previsão legal leve a que se tenha de restringir a liberdade em busca de uma harmônica convivência social.

A livre manifestação do pensamento e opinião, na forma de liberdade de expressão, possui reflexos individuais, mas também, em grande parte dos casos, coletivos, atingindo grupos determinados de pessoas, de forma a se falar em censura, o que é uma medida grave, a qual deve ser preterida por meios legais de restrição, a exemplo da previsão de indenizações civis ou de sanções penais, caso o abuso venha a ocorrer.

Com esse pensamento existe um reconhecimento de que os direitos fundamentais não são absolutos e, no caso específico da liberdade de expressão frente à igualdade, é a previsão legal de dispositivos que tenham por fim tutelar um direito, no caso a igualdade, em limitação a outro, como a previsão no Código Penal Brasileiro de tipos penais incriminando os crimes contra a honra, e em legislação especial de tipos penais incriminando formas de preconceito e de discriminação.

A partir do momento que se aceita a ponderação como forma de solução de conflitos de direitos fundamentais, conforme abordado no capítulo primeiro do texto, essa mesma ponderação pode orientar o legislador na elaboração do Direito posto, ao prever a defesa da violação da igualdade por meio de leis que restrinjam a liberdade de expressão, de forma que o conflito entre esses direitos estaria solucionado.

A compatibilização entre o direito à liberdade de expressão e o direito à igualdade deve acompanhar a evolução do homem e da tecnologia.

Caso, ainda com a legislação em vigor, em determinados casos concretos reste alguma dúvida, impasse, o intérprete deve atuar no preenchimento das lacunas, nos casos excepcionais, ponderando e decidindo o que deve prevalecer.

Importante se destacar a observação de Sarmento<sup>632</sup> ao escrever que

em uma ordem democrática, que se preocupa com a inclusão social de grupos étnicos estigmatizados, a liberdade de expressão não pode se converter em um escudo para o racismo. Não bastasse, vale enfatizar que, além dos instrumentos repressivos do Direito Penal, e da ação individual por perdas e danos, é possível também postular a obtenção de danos morais coletivos em casos de manifestações públicas de racismo – iniciativa ainda pouco empregada no país no combate à discriminação racial.

---

<sup>632</sup> SARMENTO, Daniel... Op. Cit., p. 104.

De qualquer forma, restou comprovado que a liberdade de expressão é direito fundamental, assim como a igualdade, constituindo bens jurídicos indispensáveis ao homem, merecendo uma proteção por parte do Direito Penal. Resta saber se a tutela já existente na legislação nacional é suficiente, especificamente quando a igualdade vem a ser atingida na forma de preconceito e discriminação racial, especialmente por via da *Internet*.

#### 4.4 A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA E O PRECONCEITO E A DISCRIMINAÇÃO

O Direito Penal, tendo como função o controle social, deve manter uma ordem pacífica, tutelar os mais diversos bens jurídicos fundamentais, dentre eles a igualdade, de acordo com o que já discorremos. Em tal sentido, apresenta o Direito Penal uma feição constitucional relacionada ao que deve tutelar, sendo isso efetivado via legislativa e via jurisdicional. Uma moderna política criminal, portanto, deve ser voltada à proteção dos valores constitucionais.

Quando se trata de ofensa a honra de alguém, a legislação pátria apresenta previsões legais de sua tutela, inclusive quando as ofensas possuem um fundo racial.

Por outro lado, quando a raça adquire a feição de preconceito e discriminação, com ações voltadas ao discurso do ódio, no Brasil existe a Lei n. 7.716/1989, a qual tem em vista aspectos de segregação, isto é, de separar, expelir, afastar, prevendo como crime atos resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou por procedência nacional. Tal lei regulamentou o artigo 5º, inciso XLII da Constituição Federal do Brasil, trazendo em seu diversos artigos a descrição de ilícitos penais relacionados ao ódio racial.<sup>633</sup>

Por fim, tem-se ainda o Estatuto da Igualdade Racial, Lei n. 12.288/2010, nascido de uma vontade de responder às desigualdades com as injustiças dela decorrentes, contra os negros, considerando-se uma forma democrática de se

---

<sup>633</sup> BRASIL. **Lei n. 7.716 de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm)>. Acesso em: 22 out. 2012.

almejar uma nova realidade na sociedade brasileira, uma igualdade participativa, com ações afirmativas constitucionalmente, deixando-se para trás o período colonial, em busca de novos tempos e novos modelos de uma sociedade igualitária, que não será objeto deste enfrentamento.<sup>634</sup>

#### 4.4.1 A previsão constitucional

A Constituição Federal constitui a “fonte-mãe”, da qual devem as demais leis decorrerem, bem como respeitá-la. Em tal sentido, e em relação ao tema discorrido, o texto constitucional proíbe o preconceito em diversas formas, entre as quais o preconceito racial, repudiando o racismo nas relações internacionais em seu artigo quarto, inciso VIII:

Artigo 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguinte princípios:  
 I – independência nacional;  
 II – prevalência dos direitos humanos;  
 III – autodeterminação dos povos;  
 IV – não-intervenção;  
 V – igualdade entre os Estados;  
 VI – defesa da paz;  
 VII – solução pacífica dos conflitos;  
 VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;  
 IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;  
 X – concessão de asilo político.<sup>635</sup>

Com citada previsão constitucional, resta vedado o racismo, o qual “indica teorias e comportamentos destinados a realizar e justificar a supremacia de uma raça. O preconceito e a discriminação são consequências da teoria”<sup>636</sup>, ou seja, decorrem de tais teorias.

Em termos nacionais, a Constituição também veda o racismo em seu artigo quinto, inciso XLII, no qual dispõe que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão nos termos da lei”<sup>637</sup>. Tal lei

<sup>634</sup> Id. **Lei n. 12.288 de 20 de julho de 2010**. Estatuto da Igualdade Racial. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm)>. Acesso em: 22 out. 2012.

<sup>635</sup> Id. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**... Op. Cit.

<sup>636</sup> AFONSO DA SILVA, José... Op. Cit., p. 205.

<sup>637</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**... Op. Cit.

seria a legislação penal específica sobre o preconceito e a discriminação. Logo, o texto constitucional, a partir de sua publicação, impôs ao Estado a elaboração de uma legislação própria sobre o racismo, exigindo, assim, a atuação do Direito Penal sobre esse tema, por considerar a igualdade um bem jurídico fundamental a uma vida digna, passível, portanto, de tutela por parte do Direito Penal.

Com citada previsão constitucional,

a Constituição também procurou eliminar os conflitos raciais, visando um melhor entendimento entre os grupos raciais, especialmente brancos e negros. A prática do racismo se transformou em crime inafiançável e imprescritível, sujeitando o autor à pena de reclusão, definida nos termos da lei.<sup>638</sup>

Considerando, então, a Constituição como o fundamento, a base estrutural do ordenamento jurídico, passa-se a analisar a legislação penal acerca de possíveis violações à honra relacionada a raça e à vedação do racismo.

#### 4.4.2 A injúria qualificada pelo preconceito

Honra, segundo Nucci<sup>639</sup>,

é a faculdade de apreciação ou o senso que se faz acerca da autoridade moral de uma pessoa, consistente na sua honestidade, no seu bom comportamento, na sua respeitabilidade no seio social, na sua correção moral, enfim, na sua postura calcada nos bons costumes.

Trata-se das características morais, intelectuais e físicas de alguém, ou seja, é o conjunto de qualidades que formam um indivíduo, sua própria personalidade, “a honra é um atributo da pessoa, estando de tal modo ligada e vinculada à personalidade que lhe dá a dimensão moral do seu valor na sociedade”<sup>640</sup>.

<sup>638</sup> FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1-2, p. 158.

<sup>639</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 595.

<sup>640</sup> NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em defesa da honra**: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 05.

O fundamento da tutela da honra como bem jurídico encontra-se no artigo 5, inciso X da Constituição Federal: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano moral decorrente de sua violação”, existindo ainda a proteção civil e penal.

A honra pode corresponder à imagem que a sociedade tem de um indivíduo, isto é, o que se pensa de determinada pessoa em um grupo social específico, ao que se denomina honra objetiva. Por outro lado, o ser humano possui uma autoavaliação relacionada à autoestima, que constitui no que ele pensa de si mesmo, a seu próprio respeito e recebe a denominação de honra subjetiva.

Como se pode perceber, a honra não é algo absoluto, determinável, sendo difícil de precisar conceitualmente, estando muitas vezes dependente da análise do caso concreto, intimamente ligada à dignidade humana e à pacífica convivência social, razão pela qual quando uma ofensa ultrapassa limites considerados toleráveis, merece uma repreensão, devendo se analisar com cuidado o caráter ofensivo das expressões, o qual é relativo, conforme destaca Nogueira<sup>641</sup>:

a verdade é que o termo “honra” se destina a identificar as pessoas, como também se presta às mais diversas conceituações, já que pode ser empregado no sentido de honra comum individual, familiar, grupal e até mesmo social, dependendo da visão pessoal de cada um, como também da própria coletividade a respeito de comportamentos humanos, que variam de país para país e de época para época, sem que seja imutável.

Nesse sentido, pode-se afirmar, ainda, ser a um honra um bem disponível por parte de seu titular, personalíssimo, constituindo uma parte do direito da personalidade, passível de consentimento em sua violação em vista daquele que o possui. Reconhece o Código Penal essa valoração, ao deixar para a vítima o direito de processar criminalmente ou não seu ofensor, apesar de algumas exceções legalmente previstas em que isso não ocorre, a exemplo de uma ofensa proferida contra o Presidente da República.

Por ser imponderável, imensurável valorativamente, a honra também guarda relação com a pessoa à qual pertence, existindo aquelas que por sua profissão ou posição social, tem uma honra diversa da que é peculiar à maioria das pessoas, a exemplo de militares, magistrados, médicos, artistas, políticos e outros. Pode-se então falar em honra comum e especial:

---

<sup>641</sup> Ibid., p. 13.

a honra comum é aquela que diz respeito a todas as pessoas, entendida como um valor social atribuído a todos. É a peculiar a todos os homens, aquela que, em igualdade, diz respeito a todos, sendo inerente a todas as pessoas. Não constitui uma particularidade, porém uma generalidade.

A honra especial está ligada a particularidades dotes de certas pessoas, em razão de sua participação em agrupamentos sociais ou categorias profissionais.

A honra especial e a profissional, atribuídas em razão de particulares deveres, são um acréscimo à dignidade e à reputação dadas a todos, e merecem ser respeitadas da mesma forma que a honra em geral.<sup>642</sup>

Ainda segundo Aranha<sup>643</sup>, tendo em vista a destacada divisão entre honra comum e especial, afirma-se que, em tal caso, apresenta uma dupla objetividade jurídica tutelada:

em primeiro lugar defende e tutela um interesse individual, protegendo a honra pessoal, bem personalíssimo por excelência; ao depois, também tutela um interesse social, evitando as profundas desavenças que poderiam ocorrer na vida social, no convívio social, não permitindo que uma pessoa seja injustamente atingida em sua honra, com os inevitáveis reflexos nos círculos sociais em que convive, com a consequente repulsa da comunidade.

Considerando citadas espécies de honra, surgem os delitos que atentam contra tal bem jurídico, dividindo-se em nosso Código Penal em calúnia, difamação e injúria. Os dois primeiros delitos envolvem a honra objetiva e o último, a honra subjetiva.

A injúria envolve a opinião sobre uma pessoa. Logo tem relação particular com a honra subjetiva, razão pela qual se limitará à análise do tipo criminoso que a atinge.

O crime de injúria encontra-se previsto no tipo penal objetivo do artigo 140, o qual dispõe: “injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro”<sup>644</sup>. Injuriar alguém se configura na ofensa ou insulto voltado à dignidade ou ao decoro dessa pessoa, atentando-se contra os seus atributos morais, com a especial intenção de ofender, magoar, manchar a honra alheia, macular atributos físicos e intelectuais. Trata-se de uma depreciação que afeta um sentimento pessoal e moral, bem como o respeito que cada um considera ser merecedor.

<sup>642</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. De Camargo. **Crimes contra a honra**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 05.

<sup>643</sup> Ibid., p. 07.

<sup>644</sup> BRASIL. **Decreto-lei n. 2848 de 07 de dezembro de 1940**... Op. Cit.

Por injúria “entende-se a palavra ou o gesto ultrajante com o qual o agente ofende o sentimento de dignidade da vítima”<sup>645</sup>. Seu objeto é a integridade moral de uma pessoa, causando-lhe sofrimento moral, bem como atingindo ou afetando sua reputação, em um segundo momento.

A caracterização da injúria está relacionada à prática de uma afirmação genérica, que ofenda o decoro ou a dignidade, isto é, atribuição de uma qualidade negativa, depreciativa (imputação de uma natureza criminosa, imoral, contravencional, um vício, um defeito, etc), decorrente de opinião pessoal e que seja feita de forma imediata contra a vítima, que deve ser dotada de capacidade de compreensão.<sup>646</sup>

O diploma nacional que prevê o delito de injúria, apresenta uma forma especial dela, como um tipo penal qualificado, que podemos denominar de injúria racial, constituindo-se na ofensa à honra subjetiva relacionada à pessoa de determinada raça, cor, etnia, religião ou origem, insultando-a com argumentos ou palavras de conteúdo pejorativo, relacionando-se com o preconceito. A previsão legal encontra-se no parágrafo terceiro do artigo 140: “se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência”<sup>647</sup>. Entende-se que esse tipo de ataque contra a honra, considerando-se as qualidades e características da vítima, merece maior reprovação social.

Observa Bitencourt<sup>648</sup>, que a criação deste tipo penal foi uma decorrência da desclassificação de diversas condutas dos crimes tipificados na Lei n. 7.716/1989, que trata do preconceito e da discriminação racial, para o delito de injúria, o que, politicamente, se acreditava ser injusto, sendo que o discurso real foi o de dar uma resposta à sociedade diante do aumento da criminalidade, decorrente da ausência do Estado nas mais diversas áreas sociais básicas, como educação, moradia, saúde, dentre outros, ou seja, decorrência de um Direito Penal “simbólico”.

Apesar do relacionamento com o preconceito, a injúria racial volta-se contra pessoa determinada com o objetivo de ofender sua honra, não possuindo a característica de discriminação e segregação, o que acaba por diferenciá-la do que

---

<sup>645</sup> PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**: parte especial (artigos 121 a 234). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 216.

<sup>646</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. De Camargo... Op. Cit.

<sup>647</sup> BRASIL. **Decreto-lei n. 2848 de 07 de dezembro de 1940**... Op. Cit.

<sup>648</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: dos crimes contra a pessoa. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2.

se denomina racismo. Com isso fica possível de distinguir a conduta daquele que chama alguém de macaco, em virtude de sua raça, daquele que não permite que alguém tenha acesso a um espetáculo público pelo mesmo motivo, por exemplo, configurando-se a injúria qualificada no primeiro caso.

A injúria racial, que por um lado pode ser em si mesmo preconceituoso, possui uma punição desproporcional, pena de reclusão de um a três anos, considerando-se outros delitos previstos no Código Penal, a exemplo da corrupção de menores ou da posse sexual mediante fraude, e ainda, com maior destaque, do homicídio culposo, onde a injúria racial pune mais severamente, ou o auto-aborto, em relação ao qual a punição é a mesma, o que equipara a honra à vida.<sup>649</sup>

O Código Penal pátrio possui ainda uma outra previsão interessante sobre os crimes contra a honra, cuja aplicação aos crimes de discriminação e preconceito poderia ser imaginada se fosse admitida em nosso direito a analogia *in malam partem*, observando-se que a lei específica possui uma previsão que se assemelha a esta, conforme será verificado. Trata-se de um aumento da pena aplicada em um terço no caso de ser o delito cometido na presença de várias pessoas ou por um meio que facilite a divulgação da ofensa, ampliando as consequências da conduta que afete a reputação de alguém, como previsto no artigo 141 do citado código, juntamente com outras causas de aumento de pena<sup>650</sup>.

Nesse sentido, o entendimento é de que, se a ofensa racial tiver como veículo um desses meios ou situações, existe maior possibilidade de dano, ou um dano maior, punindo-se o perigo de que isso aconteça. Em tais casos, a presença de várias pessoas, considerando-se um grupo indeterminável, e o uso de meio que facilite a divulgação, uso de alto-falantes, panfletos, fotografias, meios de comunicação como a *Internet*, por exemplo, são suficientes para a maior punição, independentemente da concretização da maior divulgação da ofensa, tendo em vista bastar apenas o perigo idôneo de que isso ocorra.

A *Internet* aparece, então, como um meio para se praticar a injúria racial, a qual será mais severamente apenada, considerando-se o fato das consequências que a ofensa assim praticada, ser maior, isto é, pode atingir um número mais de pessoas que dela venham a tomar conhecimento.

---

<sup>649</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 2848 de 07 de dezembro de 1940... Op. Cit.

<sup>650</sup> Ibid.



Observe-se, por fim, considerando-se o tema de liberdade de expressão ligado à presente investigação científica, que existe ainda uma outra previsão em relação aos crimes contra a honra no citado Código Penal, que dispõe sobre a imunidade literária, artística e científica, admitindo críticas com relação a obras de arte, livros ou produções científicas, salvo quando comprovada a intenção de injuriar, nos termos do artigo 142 do Código Penal<sup>651</sup>.

Por fim, o projeto de reforma do Código Penal Brasileiro, de número 236/2012 do Senado Federal, aumenta o rol de características das pessoas que fazem parte da injúria racial, acrescentando: gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.<sup>652</sup>

#### 4.4.3 Uma análise da lei de discriminação e preconceito: a Lei n. 7.716/1989

O Código Penal em vigência no Brasil, datado de 1940, não possui qualquer previsão incriminando a conduta de racismo, discriminação ou preconceito racial, a qual encontrou seu primeiro anteparo legal na Lei Afonso Arinos, número 1.390/1951, na forma de uma contravenção penal: “constitui infração penal punida nos termos dessa lei, a recusa por estabelecimento comercial ou de ensino, de qualquer natureza, hospedar, servir, atender ou receber clientes, comprador ou não, o preconceito de raça ou de cor”<sup>653</sup>.

Posteriormente foi promulgada a Lei n. 7.437/1985 que trata de atos de preconceito racial, mas ainda assim, as condutas continuaram a ser vistas como uma simples contravenção penal.

A atual Constituição Federal de 1988, apresentou em seu texto, no artigo 5, inciso XLII, a previsão de que o racismo é um crime inafiançável e imprescritível, ou seja, alguém preso por tal crime não tem direito de pagar uma fiança criminal a fim de responder ao processo em liberdade, e o Estado não tem um prazo para utilizar o

<sup>651</sup> Ibid.

<sup>652</sup> Id. Senado Federal. **PLS n. 236 de 09 de julho de 2012**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/Comissoes/comissao.asp?origem=&com=1603>>. Acesso em: 01 out. 2012.

<sup>653</sup> Id. **Lei n. 1.390 de 3 de julho de 1951**. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L1390.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1390.htm)>. Acesso em: 22 out. 2012.

seu *jus puniendi* ou para executar uma sanção imposta, quando se tratar de racismo. No caso, não existe prescrição da pretensão punitiva ou executória. Observe-se que a intenção do legislador constitucional foi o de evitar o preconceito, do qual o racismo é uma espécie, fato este confirmado pela posterior legislação específica em 1989.

Acredita-se que o constituinte foi um tanto severo com a citada previsão constitucional, tendo em vista que a vida, considerada o bem jurídico mais importante ao homem, juntamente com sua liberdade, não tem uma previsão de imprescritibilidade para as condutas criminosas que a atingirem, como no homicídio doloso, ainda que qualificado com alguma circunstância específica.

A Lei n. 7.716/1989, uma decorrência da previsão constitucional, tutela a igualdade constitucionalmente prevista como bem jurídico, sendo que se deve levar em conta não apenas as características próprias do discriminado, mas também os motivos que levam à discriminação, os quais, se lícitos, afastam a incidência da lei, como, por exemplo, negar emprego a um branco, em uma empresa teatral, para o papel de D. Pedro I.

Citada lei apresentou diversas formas de discriminação e preconceito, nenhuma delas, no entanto, teve a vida como objetivo a tutelar, sendo que talvez fossem suficientes as relacionadas ao trabalho, à obtenção de serviços, à livre locomoção, à educação, à convivência familiar e social, quer no setor público ou privado, abrangendo a raça, cor, religião, etnia e procedência nacional.

Importante destacar que não é função do Direito Penal ser educador moral ou religioso, fornecer ou inculcar valores e virtudes no homem, mas sim evitar o ataque, a violação de bens jurídicos indispensáveis a vida harmoniosa do homem em sociedade.

A questão de se ter inserido a religião, na lei, serviu para reconhecer formal e publicamente a sua existência, bem como a defesa da igualdade entre os cultos diversos, de forma ampla, apesar de ainda existirem determinadas religiões mais perseguidas que outras. Com relação ao ateísmo, considerando como a não-crença em Deus ou deuses, seria uma espécie de doutrina filosófica, e não religião, a qual está vinculada à existência de algum ente superior, não se enquadrando, assim, na presente lei.

O termo procedência nacional foi incluído na lei como forma de preconceito ou discriminação, referindo-se tanto àqueles provenientes de país estrangeiro, como os nacionais de regiões diferentes do país (xenofobia caseira).

Não tratou a norma em questão da discriminação e preconceito em relação às opções sexuais de cada um, tema este que deve ser objeto de uma alteração legislativa.

A título de exemplo, podem-se citar alguns casos penais envolvendo a Lei n. 7.716/1989, em especial no que se refere à igualdade e à liberdade de expressão:

a) um editor de livros editou e vendeu obras contendo mensagens antissemitas, ferindo o artigo 20 da citada lei, objeto de julgamento de HC 15.555 junto ao Superior Tribunal de Justiça<sup>654</sup>. Essa decisão envolveu a comunidade judaica, reconhecendo o racismo no ato do editor;

b) em outro HC de número 63.350, comissários de bordo da American Airlines se desentenderam e vieram a agredir um passageiro brasileiro dizendo “amanhã vou acordar jovem, bonito, orgulhoso, rico e sendo um poderoso americano, e você vai acordar como safado, depravado, repulsivo, canalha e miserável brasileiro”<sup>655</sup>. Restou reconhecida a intenção de exaltar a superioridade do povo americano em detrimento do povo brasileiro;

c) um ex-presidente de um clube da cidade de Uberaba impediu, durante sua presidência, a aquisição de cota do clube por uma mulher negra, sem qualquer esclarecimento, objeto do HC 137.248 junto ao mesmo Superior Tribunal<sup>656</sup>;

A lei de discriminação e preconceito apresenta diversas formas de condutas criminosas que constituem atos de segregação tendo por base, dentre outros aspectos, o racial. Todos eles apresentam uma conexão com seu artigo primeiro, onde afirma que “serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”<sup>657</sup>. Isso significa que todas as condutas incriminadas devem ocorrer com orientação desse artigo.

---

<sup>654</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 15555**. Relator: Gilson Dipp. Brasília, 18 de dezembro de 2001. Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em: 01 out. 2012.

<sup>655</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 63350**. Relator: Felix Fischer. Brasília, 27 de março de 2007. Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em: 01 out. 2012.

<sup>656</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 137248**. Relator: Celso Limongi. Brasília, 05 de outubro de 2010. Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em: 01 out. 2012.

<sup>657</sup> Id. **Lei n. 7.716 de 5 de janeiro de 1989**... Op. Cit.

Os crimes envolvem de forma geral atos de segregação racial que decorrem dos seguintes atos de impedimento ou obstáculo: a cargo da administração pública; a emprego em empresas privadas; a estabelecimento comercial, ou no atendimento de quem lá tenha entrado; ao ensino público ou privado; a hotel ou outras formas de hospedagem; a restaurantes e bares; estabelecimento esportivos, de diversão ou clubes sociais, desde que abertos ao público; a entradas sociais de edifícios, incluindo-se o uso de elevadores; a transporte público nas mais diversas formas; às forças armadas; ao casamento.

Todos os delitos dessa legislação são dolosos, admitem concurso de pessoas na forma de coautoria e participação e são crimes de ação penal pública incondicionada, independem da vontade da vítima para investigação e consequente processo. Possuem ainda o mesmo objeto jurídico, que é a igualdade constitucional.

Em seu artigo 20, a Lei n. 7.716/1989 apresenta uma fórmula genérica e de maior abrangência ao dispor como crime “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”<sup>658</sup>, de forma a abranger qualquer ato caracterizador de discriminação ou preconceito, e de certo modo englobar todos os artigos anteriores que descrevem atos de segregação. Da forma como está disposto legalmente, Nucci<sup>659</sup> entende ter ocorrido uma ofensa à taxatividade da lei penal, a qual deve ser mais clara, restrita e possível, de forma a não se ter certeza do que pretendeu o legislador abranger com citada previsão, no sentido de que para ele seria inaplicável.

Pode-se entender que se trata de um tipo penal que deixa ao intérprete a tipificação de que se determinada conduta configura o crime previsto ou não.

Dúvida não há que esse dispositivo legal teve em vista a dignidade e igualdade humana, limitando, de alguma forma, a liberdade de expressão, no que tange ao preconceito

O artigo 20 citado apresenta alguns parágrafos de especial interesse à pesquisa, considerando-se a questão racial e a forma de ofensa. Dentre eles encontra-se o disposto em seu §1º, que considerou as consequências do nazismo: “fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos,

---

<sup>658</sup> Ibid.

<sup>659</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo”<sup>660</sup>.

Mais importante ainda, e diretamente relacionada a este texto, é a previsão do §2º do artigo em apreço, “se qualquer dos crimes previstos no *caput* é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza”<sup>661</sup>, disposição que se assemelha à do Código Penal quando trata dos crimes contra a honra, como forma de aumento de pena no montante de reclusão de dois a cinco anos, como uma forma qualificada do delito. Desenvolvendo-se a interpretação desse parágrafo, o que se entende é que se devem considerar os mais diversos meios de que o homem dispõe para externar seu pensamento, compreendendo da expressão verbal até a *Internet*, incluindo-se material informativo de livre circulação, com fins comerciais ou não.

Nesses casos existe uma maior possibilidade de propagação de ideias preconceituosas e de cunho discriminatório, o que tende a produzir um dano maior às pessoas afetadas, incitando o ódio racial, podendo ser entendida a *Internet* como um meio de comunicação social ou publicação de qualquer natureza.

A igualdade, no caso racial, encontra-se protegida criminalmente contra abusos na manifestação de expressão por meio da *Internet* na forma de bem jurídico individual, considerando-se atos específicos contra determinadas pessoas e tendo por fim promover a igualdade ente os homens, ou ainda coletivamente, quando se pensa na incitação de manifestações racistas, no entanto, no caso, o que se tem por fim último também é a forma individual, de acordo com posicionamento de Busato<sup>662</sup>, tratado no capítulo 2, sobre a tutela penal de bens jurídicos coletivos, com o qual se concorda no presente texto.

É de se observar que em se tratando de incitação, caso se entenda que configura um ilícito penal de acordo com a legislação em comento, se está criminalizando, penalizando atos preparatórios que podem provocar a prática de delitos por despertar em terceiros uma atitude interna, ainda que estes terceiros nada façam, o que se mostra contrário ao princípio da legalidade, da proporcionalidade, ao Direito Penal mínimo, pois existe uma indeterminação e uma

---

<sup>660</sup> BRASIL. Lei n. 7.716 de 5 de janeiro de 1989... Op. Cit.

<sup>661</sup> Ibid.

<sup>662</sup> BUSATO, Paulo César. **Fundamentos de Direito Penal brasileiro**... Op. Cit.

ampliação da atuação do Direito Penal, não constituindo esta a postura adotada na pesquisa.

Da mesma forma que a injúria racial, o projeto de reforma do Código Penal Brasileiro, número 236/2012 do Senado Federal, propõe algumas alterações na lei em comento, em especial, transformando os delitos previstos em tal diploma legal em crimes hediondos, com todas as implicações desta lei específica, dentre elas um período maior de cumprimento da pena para se obter a progressão de regimes (fechado, semiaberto e aberto)<sup>663</sup>, acreditando-se que, com isso, os possíveis agentes desse delitos terão um maior receio em cometê-los, ressaltando-se que o fato de que o racismo possui previsão constitucional severa de sua imprescritibilidade e inafiançabilidade, conforme já citado, em nada colaborou para evitar a sua prática.

Esse mesmo projeto aumenta as categorias de preconceito e discriminação com a intenção de uma maior isonomia, igualdade entre os cidadãos nacionais, incluindo o gênero, identidade, orientação sexual, ou outro motivo assemelhado, indicativo de preconceito ou intolerância, tratando-se de uma previsão aberta que dependerá da interpretação dos agentes do Direito, que deve ter levado em consideração o fato de que o delito de racismo não permite uma previsão de todas as formas específicas de intolerância que podem ocorrer no dia-a-dia.

#### 4.5 A *INTERNET* COMO VEÍCULO DE DISCRIMINAÇÃO E PRECONCEITO: ASPECTOS CRIMINAIS

De todo o exposto, investigado e percorrido até o presente momento, verifica-se que o preconceito e a discriminação encontram na *Internet* um novo meio para se propagarem, de forma a lesionarem o direito fundamental à igualdade, em virtude do que se justifica uma atuação do Direito Penal.

Pode-se dizer que a rede mundial de computadores é um novo modo de agir daquelas pessoas preconceituosas, ou seja, um novo *modus operandi* à disposição

---

<sup>663</sup> BRASIL. Senado Federal. **PLS n. 236 de 09 de julho de 2012...** Op. Cit.

do preconceito e da discriminação, que adquire *status* virtual, podendo ser cometido pela *Internet*, isto é, uma forma de cibercrime.

Retornando ao capítulo terceiro da presente pesquisa científica, onde se abordou os crimes cometidos pela *Internet*, com destaque para sua classificação na forma tripartida em crime virtual puro, misto e comum, encontra-se no presente caso, ou seja, na prática de atos de ódio racial cometidos no mundo virtual, crimes virtuais do tipo comum, nos quais já existe previsão legal dessas condutas criminosas praticadas por qualquer meio, incluindo a *Internet* como um novo instrumento à disposição do infrator. Portanto, o anteparo legal para se punirem essas condutas, a princípio, já existe, estando assim protegido o bem jurídico igualdade de todos os seres humanos, restando discutir se a legislação em vigor é adequada ou necessita de algum tipo de alteração ou atualização.

Citada classificação, de forma hermenêutica, pode ser inserida entre as já tradicionais classificações doutrinárias de crimes existentes, a exemplo dos crimes permanentes e instantâneos, de dano e de perigo, formais e materiais etc, de forma e se ter um novo paradigma de classificação, quando a conduta ilícita fizer uso da *Internet*, ou seja, crime virtual puro, misto ou comum.

Antes de mais nada convém, sem aqui se procurar desenvolver um direito comparado entre os diversos países estrangeiros, mas apenas utilizar um paradigma de uma legislação alterada em virtude dos avanços tecnológicos, destacar a previsão legal de um país que é indicado como descobridor do Brasil, razão pela qual guarda algumas semelhanças culturais, apesar de se encontrar em outro continente (estamos falando de Portugal).

A discriminação racial já encontrava tutela no Código Penal português, em seu artigo 240, o qual sofreu uma reforma no ano de 2007<sup>664</sup>, sendo que sua atual redação apresenta uma referencia específica à *Internet*, sem usar tal palavra, ao prever no número 2 do citado artigo que:

Artigo 240. (Discriminação racial, religiosa ou sexual):

1 – Quem:

a) Fundar ou constituir organização ou desenvolver atividades de propaganda organizada que incitem à discriminação, ao ódio ou à violência contra a pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo ou orientação sexual, ou que a encorajem; ou

b) (...).

<sup>664</sup> RODRIGUES, Benjamim Silva... Op. Cit.

2 - Quem, em reunião pública, por escrito destinado a divulgação ou através de qualquer meio de comunicação social ou sistema informático destinado à divulgação:

- a) Provocar actos [sic] de violência contra a pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor origem étnica ou nacional, religião, sexo ou orientação sexual; ou
- b) Difamar ou injuriar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo ou orientação sexual, nomeadamente através da negação de crimes de guerra ou contra a paz e a humanidade; ou
- c) Ameaçar pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, religião, sexo ou orientação sexual; com intenção de incitar à discriminação racial, religiosa ou sexual, ou de a encorajar, é punido com pena de seis meses a cinco anos.<sup>665</sup>

Em um exercício de interpretação, o que se constata dessa previsão legal portuguesa é que o meio de comunicação social e o sistema informático englobam a *Internet*, no entanto o que se observa é que o tipo penal faz alusão a que a conduta seja praticada em reunião pública, ou seja, possui tal particularidade para se ter os crimes elencados no artigo.

Provoca também a atenção o fato de que no mesmo artigo se abordou a discriminação e preconceito e a injúria racial, de forma a deixar clara a distinção entre ambas, além do fato de que como a previsão que faz referência ao uso da rede mundial de computadores, encontra-se em seu *caput* (cabeça do tipo penal); logo, se aplica a todas as alíneas onde tais condutas encontram-se descritas.

Constata-se, assim, que, apesar de ser um código novo, de possuir uma atualização, tendo em vista o novo modelo social em que vivemos, a previsão relacionada à *Internet* se mostrou bastante tímida e obscura, deixando dúvidas quanto à sua aplicação em qualquer caso de discriminação, preconceito ou ofensa à honra que tenha a rede mundial de computadores como meio para tanto, isso sem se discutir que a pena mínima para o crime pode ser considerada pequena.

Sobre a citada alteração da legislação de Portugal, Rodrigues<sup>666</sup> escreveu:

o legislador português aproveitou a Reforma do Código Penal de 2007 para introduzir algumas actualizações [sic] face a diversos instrumentos internacionais. Conforme o referíamos já a luz da redação anterior do artigo 240. Do Código Penal, não restam hoje em dia, dúvidas de que os comportamentos de difamação, injúria, difusão, ameaça de índole racista, xenófoba ou sexualmente discriminatórios, contra determinadas pessoas ou grupos de pessoas, por meios informáticos assumem relevância ao nível do tipo

<sup>665</sup> Ibid., p. 423.

<sup>666</sup> Ibid., p. 438-439.



legal de crime de discriminação racial, religiosa ou sexual. As condutas que adquirem relevância “fora da rede”, ao nível deste tipo legal de crime, passaram, sem margens e dúvidas, a serem igualmente censuradas quando levadas a cabo “nas redes” informáticas e de comunicações electrónicas [sic]. Em conclusão, dir-se-á que nos encontramos perante crimes informáticos-digital impróprio, pertinente à categorias de ilícitos de comunicação telemática (emissão e difusão de conteúdos ilegais e nocivos).

Por outro lado, o Conselho da Europa, por intermédio do Protocolo Adicional à Convenção sobre a Cibercriminalidade, relativo à Incriminação de Atos de Natureza Racista e Xenófoba cometidos por Meio de Sistemas Informáticos<sup>667</sup>, o qual engloba Portugal, determinou a adoção de medidas punitivas de condutas que promovam a difusão de material racista por meios informáticos, caso seja verificado que citado material seja colocado à disposição do público. De tal forma, o que se percebe é a preocupação da prática de atos discriminatórios pela *Internet* que recebem conotação pública, ou seja, casos onde os reflexos das condutas são potencializados.

Por se tratar de um posicionamento de um conselho europeu, a tendência é de que todos os países da Europa acompanhem essa orientação, o que deve repercutir no restante do mundo.

Em termos de América Latina, apenas para registro, a Argentina foi o primeiro país a elaborar uma legislação sobre a *Internet*, Lei n. 24.236/00, que versa sobre proteção de dados informáticos.<sup>668</sup>

Retornando ao Brasil, verifica-se que a Lei n. 7.716/1989, de certa forma é bem detalhada em identificar e positivar as condutas violadoras da igualdade constitucional, no que tange ao preconceito e discriminação racial, possuindo ainda em seu artigo 20 uma fórmula genérica que pode ser aplicada a casos não previstos de forma específica.

O mesmo artigo 20 tem a previsão já enfrentada de que a pena será maior quando for utilizado um meio de comunicação social ou qualquer tipo de publicação, de onde se pode interpretar que a *Internet*, como forma de prática de ódio racial, encontra nesse dispositivo seu anteparo legal, considerando-se que se trata de um meio que causa maior prejuízo à vítima, alcançando um número maior de pessoas, logo tendo uma consequência maior, mais abrangente do preconceito por ela

---

<sup>667</sup> Ibid.

<sup>668</sup> LIMBERGER, Têmis... Op. Cit.

manifestado, o que vai de encontro com a previsão portuguesa e do conselho da Europa, de certa forma, ao mesmo tempo que satisfaz necessidade de proteção do bem jurídico fundamental da igualdade, justificando a atuação do Direito Penal no controle social.

A título de exemplo, pode-se citar alguns casos reais ocorridos, em que a discriminação e o preconceito tiveram a *Internet* como veículo de sua prática. Tais casos quais foram objeto de notícia e podem ser encontrados na própria rede mundial de computadores:

a) denúncia, aceita na Justiça (5ª Vara Central de São Paulo), de um estudante da USP, pela prática de preconceito nacional, por ter ele criado uma *home page* na *Internet* para divulgar a “Campanha pela expulsão dos nordestinos de São Paulo”, por ele chamados de seres inferiores, sendo que convoca simpatizantes para comparecer em grupos no terminal rodoviário, para abordar os recém-chegados e convencê-los a voltar<sup>669</sup>;

b) um adolescente negro teve sua fotografia apresentada na comunidade virtual intitulada “Anti-heróis”, *Orkut*, por um *site* racista incitando as pessoas a se “vingarem no pretinho”, descarregando sua fúria no menino<sup>670</sup>;

c) uma banda de música nacional, denominada *Racial Pride*, divulga a supremacia da raça branca, dentre outras formas de preconceito, mostrando-se declaradamente nazista, inclusive divulgando suas letras de música via *Internet*, as quais apresentam conteúdo racista<sup>671</sup>;

d) um grupo francês que combate o racismo, o *J'accuse! - Action Internationale pour la Justice* (AIPJ), classificou o *site Front 14*, o qual hospeda mais de quatrocentos *sites* racistas, como sendo neonazista, conseguindo em uma ação judicial impedir o acesso a citado *site* pelos usuários franceses, a fim de que não tivessem contato com tal conteúdo ofensivamente xenofóbico<sup>672</sup>;

<sup>669</sup> SANTOS, Chritiano Jorge... Op. Cit.

<sup>670</sup> COSTA, Mônica. *Bullyng* um mal que pode ser reparado. **Revista Raça Brasil on-line**, [s.d.]. Disponível em: <<http://racabrasil.uol.com.br/cultura-gente/101/artigo25021-1.asp>>. Acesso em: 10 out. 2012.

<sup>671</sup> SILVA, Liberto. Banda nazista prega racismo abertamente na *Internet*. **Centro de Mídia Independente**, 28 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.midia independente.org/pt/red/2002/12/44252.shtml>>. Acesso em: 10 out. 2012.

<sup>672</sup> REINALDO FILHO, Demócrito. **Racismo na Internet**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29348-29366-1-PB.htm>>. Acesso em: 10 out. 2012.

e) a angolana Leila Lopes, miss universo de 2011, foi vítima de comentários preconceituosos e discriminatórios por parte de usuários do *Facebook*, onde comentaram que possuía um cabelo de vassoura, aparência de “brega”, além de a chamarem de macaca, ressaltando que citadas condutas configuram mais a injúria racial do que propriamente o delito previsto na Lei n. 7.716/1989<sup>673</sup>;

f) dois homens da cidade de Curitiba foram descobertos fazendo apologia à violência e discriminação tendo como objeto mulheres, negros e gays por meio do domínio de *Internet silviokoerich.org*, chegando ao planejamento de um massacre de alunos da Universidade de Brasília (UnB), observando-se que um deles já tinha sido condenado anteriormente, no ano de 2009, por ofender colegas que se mostravam favoráveis às cotas raciais<sup>674</sup>;

g) uma estudante de Direito paulista, por meio do *Twitter*, que é considerada uma rede social, publicou no ano de 2010 as seguintes frases: “nordestino não é gente, faça um favor a SP, mate um nordestino afogado”<sup>675</sup>;

h) em Belo Horizonte um servidor público realizou exaltação ao nazismo e a raça branca, contra judeus, negros e simpatizantes, os quais equiparava a ratos e baratas, produzindo um vídeo com imagens nesse sentido e o postando no *site* do *Youtube*<sup>676</sup>;

Esses são apenas alguns exemplos pinçados do grande universo de casos de preconceito via *Internet*, que aumenta diariamente no mundo e no Brasil, podendo se localizar notícias as mais diversas possíveis nos meios de comunicações diversos, entre eles a *Internet*, como, por fim, o caso de um homem acusado criminalmente pelo fato de ter adicionado ao seu perfil no *Orkut*, outra rede

<sup>673</sup> PRAGMATISMO POLÍTICO. Racistas da *Internet* disseminam ódio mas recuam sob pressão: é dever denunciá-los. **ABPN**, 19 de setembro de 2011. Disponível em: <[http://www.abpn.org.br/index.php/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1132:racistas-da-internet-disseminam-odio-mas-recuam-sob-pressao-e-dever-denuncia-los&catid=1:noticias&Itemid=24&lang=en](http://www.abpn.org.br/index.php/index.php?option=com_content&view=article&id=1132:racistas-da-internet-disseminam-odio-mas-recuam-sob-pressao-e-dever-denuncia-los&catid=1:noticias&Itemid=24&lang=en)>. Acesso em: 10 out. 2012.

<sup>674</sup> STRUCK, Jean-Philip. Polícia prende dois suspeitos de praticar racismo na *Internet*. **Diário da Polícia Federal**, 23 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.dpf.gov.br/agencia/pf-na-midia/jornal/2012/marco/policia-prende-dois-suspeitos-de-praticar-racismo-na-internet>>. Acesso em: 10 out. 2012.

<sup>675</sup> JC ON-LINE. Estudante de direito que ofendeu nordestinos é condenada por racismo. **Jornal do comercio**, 16 de maio de 2012. Disponível em: <<http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/mundo/brasil/noticia/2012/05/16/estudante-de-direito-que-ofendeu-nordestinos-e-condenada-por-racismo-42343.php>>. Acesso em: 10 out. 2012.

<sup>676</sup> ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL EM MINAS GERAIS. MPF/MG denuncia servidor público por crime de racismo na *Internet*. **Ministério Público Federal – Notícias**, 06 de junho de 2012. Disponível em: <[http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_criminal/mpf-mg-denuncia-servidor-publico-por-crime-de-racismo-na-internet](http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_criminal/mpf-mg-denuncia-servidor-publico-por-crime-de-racismo-na-internet)>. Acesso em: 10 out. 2012.

social, comunidades ligadas ao nazismo, como a “*Adolf Hitler Lovers*”, onde se identificava como racista e “higiénico”<sup>677</sup>.

Em relação à jurisprudência, a título de ilustração, colaciona-se alguns casos que fazem parte de um repertório de jurisprudência elaborado por Vieira<sup>678</sup>, no qual destaca-se os crimes contra a honra:

a) notícia caluniosa e injuriosa pautada em inverídicas cartas anônimas publicadas via “*Internet*” contra integrantes da banca examinadora para candidatos ao cargo de juiz substituto do Estado do Mato Grosso do Sul – STJ (Recurso de Apelação Criminal n. 85082/2006 do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul);

b) apelação criminal – queixa-crime – calúnia – recurso acusatório – ausência de dolo específico – não-ocorrência – ausência de tipificação do crime imputado falsamente – desnecessidade – meio que facilita a divulgação da calúnia – *sites de Internet* – artigo 141, III, CP – recurso provido (Processo n. 2007.003364-6 do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul);

c) agravo regimental em apelação cível – reparação por danos morais – ofensa à honra praticada por meio da imprensa e *Internet* – insuficiência de prova – recurso não provido (Processo n. 2006.008591-0/0001.00 do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul).

Por outro lado, tendo em vista a Lei n. 7.716/1989 e seu artigo 20, §2º, o qual tem sido utilizado no cotidiano para tipificar casos concretos de preconceito racial com a *Internet* como seu veículo de ação, cita-se:

a) Um acórdão da Oitava Vara Criminal do Foro Central da Comarca da região Metropolitana de Curitiba:

“Apelação crime – artigo 20, parágrafo 2º, da Lei n. 7.716/1989 – Crime de racismo via *Internet* – Pedido principal de absolvição por atipicidade da conduta ou falta de provas – Não acolhimento – Ânimo ofensivo patente – Violação a direitos fundamentais – Rejeição da tese de liberdade de expressão – Ausência de hierarquia de princípios – Outrossim, pedido de desclassificação para o delito de injúria qualificada e consequente declaração de prescrição da pretensão punitiva – Descabimento – Delito que atinge a coletividade e não uma pessoa específica – Crime imprescritível nos termos do

<sup>677</sup> G1 SP. Justiça de SP condena homem por racismo no Orkut. **G1 on-line**, 02 de maio de 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/05/justica-de-sp-condena-homem-por-racismo-no-orkut.html>>. Acesso em: 10 out. 2012.

<sup>678</sup> VIEIRA, Jair Lot. **Crimes na Internet...** Op. Cit., p. 117-121.

artigo 5., XLII, da Constituição Federal – Sentença mantida – Recursos desprovidos<sup>679</sup>.

Citada decisão vai bem ao encontro com o objeto do tema proposto para enfrentamento na presente pesquisa e trata de caso ocorrido no ano de 2001, na Comarca de Curitiba envolvendo os autores Rodrigo Maciel Ribeiro, Adriano Nunes Motter e outras pessoas não identificadas, as quais criaram o *site* [www.amonia88.hpg.ig.com.br](http://www.amonia88.hpg.ig.com.br), hoje desativado, no qual praticaram, induziram e incitaram o preconceito e a discriminação contra judeus e a raça negra, observando-se que eles criaram a Sociedade Amônia 00-NH3, apresentando fotografias e mantendo salas de bate-papo de conteúdo racista no nomeado *site* de *Internet*. Ocorreu a condenação à pena de dois anos de reclusão e pagamento de um trigésimo do salário mínimo vigente na época para cada um deles, com todas as implicações de fixação da pena, tipificando-se a conduta no artigo 20, §2º da Lei n. 7.716/1989, não se aceitando a tese da defesa que tinham os réus apenas manifestado as suas opiniões e valorações pessoais constitucionalmente garantidas. Reconheceu-se a inexistência de direitos absolutos em nosso ordenamento jurídico, em que direitos ou valores coletivos limitam direitos, devendo a liberdade de expressão se compatibilizar com os demais direitos fundamentais, não podendo permitir manifestações que sejam previstas como ilícitos penais e atinjam a coletividade. A decisão em destaque reconheceu ainda que a *Internet* é meio de comunicação que consegue alcançar qualquer um e em qualquer lugar, destacando ainda ser o meio de comunicação mais utilizado mundialmente hoje, preenchendo, assim, os requisitos do citado dispositivo legal pelo qual foram condenados, no que tange a “meio de comunicação social” e “comunicação de qualquer natureza”<sup>680</sup>;

b) decisão da Nona Vara Federal Criminal de São Paulo- SP, tendo em vista o fato de uma acusada ter postado em página de *Twitter* mensagem de incitação à discriminação e preconceito de procedência nacional, em 31 de outubro de 2010, devido ao resultado do segundo turno das eleições para Presidente da República, na qual atacou os nordestinos, reconhecendo-se o *Twitter* como meio de comunicação social, nos termos da previsão do artigo 20, §2º da Lei n. 7.716/1989, tratando-se de

---

<sup>679</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Crime n. 664.486-6**. Relator: Luiz Osorio Moraes Panza. Curitiba, 24 de março de 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19425725/apelacao-crime-acr-6644866-pr-0664486-6-tjpr>>. Acesso em: 10 out. 2012.

<sup>680</sup> Ibid.

uma rede social de atualização, recebimento e remessa de informações pessoais em tempo real a outros usuários da *Internet*, imputando assim à acusada a prática do crime previsto nessa lei especial, com sua condenação a uma pena de um ano, cinco meses e quinze dias de reclusão e pagamento de oito dias multas fixados cada um no valor de trinta avos do salário mínimo, com os demais desdobramentos da fixação da pena<sup>681</sup>.

Com isso, percebe-se que a rede mundial de computadores possui capacidade de ser utilizada com sucesso para a discriminação e preconceito, representando um novo instrumento a serviço de tal crime, o qual tem a potencialidade de atingir um número maior de pessoas, com uma maior repercussão.

Restou comprovado, então, que a legislação nacional é capaz de oferecer resposta a essas práticas criminosas. Então poderia se questionar se as respostas da legislação brasileira são suficientes.

#### 4.5.1 A previsão legal e as alternativas nos casos de ações criminosas de preconceito e discriminação racial

Ficou demonstrado que os direitos fundamentais constituem bens jurídicos fundamentais para uma vida digna do homem, e que devem ser preservados pelo Direito, podendo ocorrer um confronto entre esses mesmos bens jurídicos, como no caso proposto, entre a liberdade de expressão tendo como meio a *Internet*, e a igualdade, resultando em que, quando não exista uma lei tutelando referidos direitos, a incumbência deve ser reservada ao intérprete, funcionando a questão da poderação e da proporcionalidade como melhores formas dessa atuação. A proporcionalidade pode vir a fundamentar a elaboração de uma lei que proteja um direito fundamental em detrimento de outro.

Trata-se de função do Direito Penal o controle social e a proteção de bens jurídicos, justificando-se sua atuação nos casos de ataques raciais promovidos contra a igualdade.

---

<sup>681</sup> BRASIL. 9ª Vara Federal Criminal de São Paulo. **Processo n. 0012786-89.2010.403.61.81**. Juíza: Mônica Aparecida Bonavina Camargo. São Paulo, 03 de maio de 2012. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2012/120516preconceitomayara.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2012.

Conforme já analisado, as ofensas contra a honra, de caráter racial, já encontram resguardo legal no Código Penal Brasileiro, em seu artigo 140 e 141, referindo-se a injúria racial, com a previsão legal de uma causa de aumento de pena quando ofensa ser praticada por meio que venha a facilitar a sua divulgação, resultando em uma maior abrangência de pessoas que venham a tomar conhecimento da sua prática<sup>682</sup>. Apesar de não estar discriminado de forma específica, como também não se identifica quais seriam estes meios, pode-se incluir o uso da *Internet*. Tal dispositivo legal é aplicado a todos os crimes contra a honra, dentre eles a injúria racial, não se tratando de analogia.

Quando os atos contra determinada raça apresentem aspectos de segregação, existe a Lei n. 7.716/1989, que trata dos crimes de preconceito e discriminação, a qual possui uma previsão específica onde a *Internet* se adequa perfeitamente, considerando-se sua capacidade de potencializar as consequências da conduta criminosa, de maneira a incrementá-la, justificando a severa atuação penal referindo-se ao artigo 20 da Lei n. 7.716/1989, em seu §2º, dispõe sobre o aumento da pena, neste caso na forma de uma qualificadora, quando o preconceito e discriminação vierem a ser cometidos por meio de comunicação social ou publicação de qualquer natureza, apresentando assim uma previsão qualificada aberta, incumbindo o seu intérprete e aplicador determinar em cada caso se citadas formas restaram configuradas, podendo a *Internet* ser inserida entre esses meios, e até como forma de publicação, pois se trata de meio de comunicação amplo.

Poderia então se discutir se tais previsões são suficientes para a tutela do bem jurídico da igualdade, ou se uma alteração legislativa se mostra necessária.

Quando se pensa em alteração ou atualização da legislação criminal, o que se pode ter em vista é a inclusão do uso da *Internet* para a prática de delitos raciais, como uma qualificadora específica ou causa de aumento de pena em cada tipo penal básico, de forma a se ter tipos penais derivados em que há punição, no caso da utilização desse novo meio de comunicação como *modus operandi*.

Como causa de aumento de pena, atuaria a utilização da *Internet* na terceira fase de fixação da pena, com a função de aumentar esta dentro de uma quantidade que deveria ser prevista em lei.

---

<sup>682</sup> Id. Decreto-lei n. 2848 de 07 de dezembro de 1940... Op. Cit.

Já como qualificadora, o uso da *Internet* seria um tipo penal derivado do tipo penal básico, com quantidade própria da pena mínima e máxima para a sua violação.

Outro recurso do qual pode se valer o legislador, diante do surgimento da *Internet*, seria a criação de uma circunstância agravante a ser aplicada a todos os crimes praticados por tal meio. As circunstâncias agravantes encontram-se na Parte Geral do Código Penal Brasileiro, em seu artigo 61, atuando na segunda fase de fixação da pena diante de um caso concreto, sendo a primeira fase a da fixação da pena base de acordo com o artigo 59 do texto legal, e a terceira fase a verificação da existência de causas de aumento e de diminuição da pena, sendo este o modelo nacional de fixação da pena. Em tal caso, o uso da *Internet* seria uma circunstância a ser inserida no texto legal, no artigo que apresenta a enumeração das agravantes, que não influiria na existência ou não do crime, mas teria a função de elevar a pena determinada na primeira fase, dentro dos limites mínimo e máximo previstos para o crime.

Em se falando de circunstância agravante, juntamente com a utilização da *Internet* como meio para a prática de condutas criminosas, observa-se que o motivo torpe, aquele motivo abjeto, vil, que causa repulsa social, repugnante, contra a moral da sociedade, já previsto legalmente, pode o mesmo ser visto como uma forma de preconceito e discriminação racial.

Convém observar que, se considerado o uso da *Internet* para a prática de crimes como circunstância agravante, como já destacado linhas atrás, ela seria aplicada a todo e qualquer delito, no caso específico em estudo, tanto ao artigo 140 como à Lei n. 7.716/1989, não se tratando de crimes específicos que somente podem ser cometidos pela *Internet* ou daqueles que têm por fim computadores, a informática e tudo que a ela está relacionado.

Neste caso fala-se, dentre as classificações apresentadas no capítulo 3, de um crime virtual comum, ou seja, já existente na legislação em vigor, no qual a rede mundial de computadores se mostra apenas como um novo veículo para sua prática.

Considerando-se ainda a questão da fixação da pena, a questão do uso da *Internet* pode ser apreciada na sua primeira fase, ou seja, na apreciação das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal Brasileiro, referido linhas atrás, podendo ser relacionada às circunstâncias e consequências do crime, ou ainda à



conduta social do agente, de forma a permitir ao julgador que estabeleça uma pena mais próxima ao máximo ou ao mínimo previsto legalmente para o ilícito penal.

De qualquer forma, a discriminação e o preconceito racial já se apresenta como uma forma de delito já existente, ou seja, que antecede o surgimento da *Internet*, e não de um crime que dela depende para sua realização e consequente consumação, adequando-se perfeitamente a essa classificação de crime virtual comum, na classificação doutrinária proposta.

Uma dogmática específica para os casos de preconceito e de discriminação racial pela *Internet*, a fim de legitimar a atuação penal, não se mostra necessária, uma vez que essa criminalização já é legítima e positivada.

Deve-se ainda ressaltar que vários casos ocorridos por meio da *Internet* podem encontrar entendimentos doutrinários ou jurisprudenciais em tipificá-los na Lei n. 5.250/1967, conhecida como Lei da Imprensa, que, no entanto, teve sua aplicação suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual não entraremos nesse mérito, apesar de se reconhecer a rede mundial de computadores como uma forma de imprensa em diversos aspectos.

Por fim, poderia se pensar na elaboração de uma legislação própria sobre crimes praticados pela *Internet*, composto por todos os possíveis ilícitos penais, da criação e disseminação de vírus até violação da privacidade, nos moldes do Projeto de Lei n. 84/99 – Crimes Informáticos, de autoria do deputado Luiz Piauhyllino, com as diversas alterações já sofridas e novos projetos a ele anexados, apresentando figuras como acesso indevido ou não autorizado, dano a dados ou programas de computador, violação de segredo armazenado em computador, entre outros ou até na alteração da legislação existente com a inclusão de um tipo penal específico de crime de preconceito e de discriminação praticado pela *Internet*, como, por exemplo, “praticar atos de segregação racial, que consistam em formas de preconceito e discriminação, fazendo uso da *Internet* e meios informáticos”<sup>683</sup>.

A respeito de projeto de lei, existe também o de n. 2.793/2011, de autoria do Deputado Paulo Teixeira, no qual se criminalizam as condutas de invasão de

---

<sup>683</sup> Id. Poder Legislativo. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 84 de 24 de fevereiro de 1999**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=15028](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=15028)>. Acesso em: 10 out. 2012.

sistema informático e de interrupção ou perturbação serviço telemático<sup>684</sup>. Citado projeto foi convertido em Lei de n. 12.737/2012, no final do ano de 2012.

---

<sup>684</sup> Id. Poder Legislativo. **Projeto de Lei n. 2.793 de 29 de novembro de 2011**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=529011>>. Acesso em: 10 nov. 2012. Observação: Na data de acesso o projeto já havia sido remetido para sanção da Presidente da República.

## CONCLUSÃO

Conforme proposto, o objetivo e a ideia central foi promover uma análise e uma discussão sobre a necessária e legítima intervenção do Direito Penal nos casos de discriminação e preconceito racial que tenham a *Internet* enquanto meio para a sua prática, ressaltando que o Direito encontra-se em constante mutação e adaptação, esperando que esta pesquisa represente um contributo aos pesquisadores e agentes jurídicos.

Para desenvolver o tema proposto e em busca de respostas a ele, verificou-se a necessidade de se passar por assuntos diversos, percebendo-se, então, que cada um deles representa um problema da pesquisa, e isto acaba por construir e constituir o problema central.

O trabalho iniciado trata dos direitos humanos, sob a insígnia de direitos fundamentais, constatando-se que eles constituem o esboço necessário, indispensável e suficiente para o homem ter uma vida social com um mínimo de dignidade.

Do exposto no presente texto, acredita-se ter se evidenciado a importância e a necessidade, em especial do direito à liberdade e à igualdade, as quais constituem alguns dos que se denominam bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito.

Verificou-se que os direitos fundamentais podem, em determinadas situações, entrar em conflito, de forma que se deve decidir qual deles prevalece e qual deve ceder, vindo a questão da proporcionalidade e da ponderação se mostrar como melhor forma de solução desses confrontos. Em outras situações, esses mesmos direitos encontram-se em perfeita harmonia, um dependendo do outro, ou ainda já existe uma positivação, em que um direito prepondera sobre o outro, acabando por justificar a limitação de um deles.

Considerando então a tutela da liberdade e da igualdade, e em prol de um Estado Democrático de Direito, valendo-se do texto constitucional, o Direito Penal se mostra como um importante instrumento de proteção do homem, de controle social, ainda que para isso tenha que fazer uso da sanção penal, extremamente invasiva, mas para o qual ainda não se encontrou substituto, legitimando-se, assim, para tutelar e garantir a igualdade contra eventuais ataques feitos sob a alegação da liberdade de expressão.

Dentre as várias facetas com as quais se apresenta, com base em seu caráter fragmentário e subsidiário, o Direito Penal deve atuar apenas em último caso, quando outros ramos jurídicos se mostrem ineficazes, tendo em vista suas graves consequências em relação a direitos fundamentais. No momento em que atua, necessário é que tenha uma mínima intervenção, mas que esta se mostre realmente eficaz, efetiva.

O Direito Penal é dirigido por princípios. Pelo princípio da legalidade ou da reserva legal, sem uma previsão anterior de sua ocorrência em lei penal, nenhuma conduta pode ser considerada criminosa, impondo-se uma limitação à interferência estatal na esfera das liberdades de cada um. Não se pode deixar de lado também, quando se discute a proteção de bens jurídicos e a necessidade da tutela penal, outros princípios da mesma forma importantes, como o princípio da insignificância, da culpabilidade, da proporcionalidade, da lesividade, da humanidade, entre outros.

Importante salientar que tem ocorrido uma desfiguração do Direito Penal, banalizando-o com alterações no Código Penal, e uma edição de leis esparsas, na maioria das vezes elaboradas às pressas, diante da dificuldade ou incapacidade política de resolver questões sociais. É justamente isso que não se quer quando se pensa em crimes praticados por meio da *Internet*.

Uma nova leitura do Direito Penal deve existir, voltando-se aos seus princípios basilares e com aplicação das novas tendências de sua modernização (teorias da imputação objetiva, garantista, princípios constitucionais, dentre outros, não sendo este o momento adequado para se discorrer sobre cada uma deles), reservando-se sua atuação para os casos realmente necessários, com consequente resposta, verdadeira e efetiva. Em especial se deve observar o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio penal, como elemento imprescindível à própria ideia de justiça, pois a reação deve ser proporcional à ação e ao princípio da intervenção mínima.

O surgimento da *Internet* vem trazer uma atual discussão sobre o papel do Direito Penal, tendo em vista novas condutas ilícitas que esse avanço tecnológico trouxe, ou ainda uma diferente roupagem trazida a delitos já conhecidos e tipificados legalmente.

Com isso começou-se a falar em um Direito Penal informático e em crimes virtuais, surgindo para estes as mais diversas classificações, em especial a que os dividem em crimes virtuais puros, os quais visam o computador e seus programas,

crimes virtuais mistos, quando a *Internet* é indispensável para sua ocorrência, e crimes virtuais comuns, que se referem a delitos já conhecidos e existentes antes do surgimento da *Internet*, ou dela independentes, encontrando na rede mundial de computadores mais um meio para sua prática, um outro *modus operandi*.

Acredita-se ser ainda cedo ou precipitado para se falar em um Direito Penal informático como uma forma específica e independente de dogmática do Direito Penal sob o risco de banalizar-se ainda mais esse ramo jurídico, mas existe uma tendência e um caminhar nesse sentido, considerando-se os novos riscos decorrentes dos avanços tecnológicos.

Como restou demonstrado, quando se discorre sobre um Direito Penal informático, este tem por objeto bens coletivos, isto é, a informação e seu tráfego, o que também é objeto de discórdia entre os que estudam a possibilidade ou não de o Direito Penal proteger essa categoria de bens.

Por outro lado, a classificação apresentada e escolhida, na forma tripartida, é de muita utilidade, especialmente prática, a fim de se determinar se condutas concretamente verificadas encontram ou não tipificação penal, além de poder orientar legisladores no sentido da elaboração de novas figuras criminais, sempre tendo em vista o bem jurídico atingido e a necessidade real de sua tutela por via penal. Propõe que essa classificação em crimes virtuais puros, mistos e comuns, seja incorporada à já existente classificação doutrinária de crimes.

Tratando-se, então, do preconceito e a discriminação racial, quando manifestados por meio da *Internet*, encontram neste aparato tecnológico mais um instrumento para sua prática, ou seja, uma diferente e moderna forma de agir, tratando-se assim de um delito virtual comum, de acordo com as diversas classificações trazidas e apresentadas neste enfrentamento, já encontrando previsão legal suficiente na Lei 7.716/1989 e na forma de um aumento da pena conforme dispõe seu artigo 20, §2º, caso a conduta se dê por um meio de comunicação social ou qualquer tipo de publicação, a exemplo da rede mundial de computadores, com pena suficiente e proporcional à ofensa ao bem jurídico, não exigindo qualquer tipo de alteração legislativa, e legitimando a atuação do Direito Penal.

Consigna-se que, se ocorrer um ato de ofensa racista, e não de segregação, o delito seria contra a honra, conforme o artigo 140, §3º, do Código Penal, já com uma pena exagerada para a conduta e ofensa ao bem jurídico, a qual pode ser

aumentada de acordo com o uso de um meio que venha a facilitar o seu conhecimento por outras pessoas, de acordo com o artigo 141, III do referido texto legal, tornando a punição ainda mais gravosa ao seu autor, dispensando também qualquer tipo de adaptação ou inovação legislativa relacionada ao uso da *Internet*, que pode ser vista como citado meio.

Não se deve esquecer que, além da resposta penal, as vítimas de preconceito e discriminação, inclusive de crimes contra a honra, podem valer-se do Direito Civil objetivando uma reparação por dano moral, de forma a agravar ainda mais as consequências para o autor dessa violação a um direito fundamental.

De forma pontual, é possível enumerar os problemas enfrentados na presente pesquisa:

a) direitos fundamentais constituem direitos indispensáveis ao homem para uma vida digna, sendo conhecidos sob a forma de direitos humanos antes de sua positivação em um texto constitucional;

b) os direitos fundamentais são harmônicos entre si, mas isso não impede que eventualmente entrem em choque diante de determinados casos, quando então pode existir um dispositivo legal protegendo um desses direitos em contrapartida a outro e, quando isso não ocorrer, deve-se valer o intérprete e aplicador da lei do sopesamento e ponderação para encontrar uma solução. No caso em questão, discorreremos sobre a limitação à liberdade de expressão diante das práticas raciais, ferindo o direito à igualdade. Lesionar a igualdade é não reconhecer a pluralidade humana;

c) um dos meios pelos quais se protegem direitos fundamentais é o Direito Penal, o qual tem a função precípua de tutelar bens jurídicos que se referem a citados direitos direta ou indiretamente, considerando um controle social. Nessa atuação o Direito Penal mínimo parece ser o meio mais adequado de atuação, além de ser o mais legítimo, atuando apenas quando não for possível a solução de conflitos por outros meios jurídicos e nos casos de graves violações, daí o caráter subsidiário e fragmentário;

d) tendo em vista a discriminação e preconceito racial, a limitação à liberdade de expressão deve ocorrer a fim de serem evitadas consequências maiores e danos a indivíduos ou grupos de indivíduos determinados, legitimando-se o Direito Penal a agir em casos de eventuais violações à igualdade; com tal finalidade, existe a Lei n. 7.716/1989, incriminando atos de segregação racial;

e) os avanços tecnológicos, como decorrência do Estado Moderno e capitalista, com sua globalização, levaram ao surgimento de vários avanços tecnológicos, entre eles a *Internet*, a qual não pode ser identificada com um conceito específico, pois agrega meios de comunicação, publicação, forma de relacionamento e comunicação social, pesquisas, estudos entretenimento etc, uma vez que seus limites não podem ser especificados. Sobre o que não se tem dúvida é que se trata de um meio de comunicação, publicação e informação voltado para a sociedade;

f) apesar dos vários aspectos positivos da *Internet*, também possui ela alguns negativos, um deles, por exemplo, é o fato de constituir um meio para a prática de ilícitos. Diante desse último aspecto da *Internet*, diversos são os conceitos e classificações dos crimes praticados pela rede mundial de computadores, dentre eles o critério tripartido, que se entende ser o mais adequado;

g) o preconceito e a discriminação racial por meio da *Internet* deve ser classificado como um crime virtual comum, encontrando na legislação penal especial existente, leia-se Lei n. 7.716/1989, em seu artigo 20, §2º, tipificação penal suficiente e adequada, razão pela qual entende-se ser dispensável qualquer alteração legislativa, quer criando-se um tipo penal específico, uma qualificadora específica ou uma circunstância agravante para o uso da *Internet*;

h) em decorrência desses crimes já se fala em um Direito Penal informático, observando-se que os fundamentos, princípios e teorias são os mesmos do Direito Penal comum já conhecido, e, salvo quando ocorram novas formas de violação de bens jurídicos pela *Internet*, a qual pode reclamar a elaboração de novos tipos penais, a exemplo da invasão de sistemas informáticos, ou da criação e disseminação de vírus informático, não se tem um Direito Penal próprio, pois as demais condutas já se encontram previstas na legislação existente, constituindo, em sua grande maioria, crimes virtuais comuns;

i) essas novas condutas que surgiram com a rede mundial de computadores devem ser estudadas antes da criminalização, e caso isso se mostre realmente necessário, sob a análise da teoria do bem jurídico, sempre deve ser observado o espírito do Direito Penal mínimo, exigindo-se ainda, e talvez com maior urgência, uma alteração processual no sentido de se permitir aos agentes do direito que militam na área criminal, maior rapidez na obtenção e manutenção de provas, podendo-se pensar na obrigação dos provedores de acesso manterem em arquivo por determinado prazo, que se entende poder ser de um a três anos, todos os

arquivos de acesso e de aplicação da *Internet*, além de fornecerem as informações necessárias à correta aplicação do Direito Penal de forma mais célere.

Realmente é preciso se adequar ao novo paradigma decorrente dos avanços tecnológicos, à dinâmica social hoje existente. O Direito deve acompanhar, reconhecer e, se necessário, adaptar-se a este fato, sendo que as novas condutas ligadas de forma umbilical à *Internet*, e que venham a lesionar bens jurídicos de forma a reclamar uma possível resposta penal, devem ser exaustivamente estudadas antes de serem criminalizadas em leis novas, atentando-se para o fato de que os outros ramos jurídicos podem ser chamados a solucionar e dar resposta a esses problemas, ou mesmo concorrer com a atuação criminal, uma vez que os reflexos podem atingir mais de um nível jurídico.

Nesse sentido, também deve pautar-se a conduta dos agentes e pesquisadores do Direito, representando um caminho de constante atualização, estudo e aperfeiçoamento.

Em termos de discriminação e preconceito racial que tenham como veículo a *Internet*, o Direito Penal está suficientemente legitimado a atuar.



## REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Tradução Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ALONSO, Juan Pablo. **Interpretación de las normas y derecho penal**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir (Org.). **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o estado democrático. São Paulo: Paz e Terra, 2008. p. 09-23.

ANTONIOLI, Leonardo. **Estatísticas, dados e projeções atuais sobre a Internet no Brasil**. Disponível em: <[http://tobeguarany.com/internet\\_no\\_brasil.php](http://tobeguarany.com/internet_no_brasil.php)>. Acesso em: 22 out. 2012.

ARANHA, Adalberto José Q. T. De Camargo. **Crimes contra a honra**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. 2. ed. Tradução Riberto Raposo. Rio de Janeiro: Documentário, 1979. v. 1.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL EM MINAS GERAIS. MPF/MG denuncia servidor público por crime de racismo na Internet. **Ministério Público Federal – Notícias**, 06 de junho de 2012. Disponível em: <[http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_criminal/mpf-mg-](http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_criminal/mpf-mg-)

denuncia-servidor-publico-por-crime-de-racismo-na-internet>. Acesso em: 10 out. 2012.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas, um estudo sobre os preconceitos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologica crítica e crítica do direito penal**. 3. ed. Tradução Juaareza Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan (Instituto Cartioca de Criminologia), 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 49-118.

BARRALES, Domingo Martim Montanaro. Tecnologia da informação: elucidação de crimes nos meios eletrônicos. In: Fórum sobre Direito Eletrônico do Instituto Paulista de Educação Continuada (IPEC). **A Internet e o Poder Judiciário**. São Paulo, 20 nov. 2004. (Palestra).

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, Sérgio Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 101-135.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 8. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Direitos humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional no estado democrático de direito. In: MENDES, Gilmar; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Coord.). **Direito Penal contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 153-194.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Editora Universidade Paulista, 1997.

BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Tradução Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Editor Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal**: dos crimes contra a pessoa. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **Igualdade e liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

\_\_\_\_\_. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

\_\_\_\_\_. **Liberalismo e Democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1997.

BORDIEU, Pierre. **Contrafogos**: táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e da política criminal contemporânea. In: MENDES, Gilmar; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (Coord.). **Direito Penal contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 109-134.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**.

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm)>.

Acesso em: 21 set. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm)>.

Acesso em: 21 set. 2012

\_\_\_\_\_. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm)>.

Acesso em: 21 set. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm)>.

Acesso em: 21 set. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm)>.

Acesso em: 21 set. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm)>.

Acesso em: 21 set. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm)>.

Acesso em: 21 set. 2012.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei n. 4.657 de 04 de setembro de 1942**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 21 set. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 76689/PB**. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, 21 de setembro de 1998. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 22 out. 2012.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei n. 2848 de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848.htm). Acesso em: 22 out. 2012.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 22 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1308830/RS**. Relator: Nancy Andrighi. Brasília, 08 de maio de 2012. Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em: 22 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 82424**. Relator: Moreira Alves. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 01 out. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 7.716 de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm). Acesso em: 22 out. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 12.288 de 20 de julho de 2010**. Estatuto da Igualdade Racial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm). Acesso em: 22 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **PLS n. 236 de 09 de julho de 2012**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/Comissoes/comissao.asp?origem=&com=1603>. Acesso em: 01 out. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 1.390 de 3 de julho de 1951**. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L1390.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1390.htm). Acesso em: 22 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 15555**. Relator: Gilson Dipp. Brasília, 18 de dezembro de 2001. Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em: 01 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 63350**. Relator: Felix Fischer. Brasília, 27 de março de 2007. Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em: 01 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 137248**. Relator: Celso Limongi. Brasília, 05 de outubro de 2010. Disponível em: [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Acesso em: 01 out. 2012.

\_\_\_\_\_. 9ª Vara Federal Criminal de São Paulo. **Processo n. 0012786-89.2010.403.61.81**. Juíza: Mônica Aparecida Bonavina Camargo. São Paulo, 03 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2012/120516preconceitomayara.pdf>. Acesso em: 10 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Poder Legislativo. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 84 de 24 de fevereiro de 1999**. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/sileg/Prop\\_Detalhe.asp?id=15028](http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=15028). Acesso em: 10 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Poder Legislativo. **Projeto de Lei n. 2.793 de 29 de novembro de 2011**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=529011>. Acesso em: 10 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Poder Legislativo. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.126 de 24 de agosto de 2011**. Disponível em: <http://edemocracia.camara.gov.br/documents/679637/277cc749-e543-4636-9ddb-736144a9b654>. Acesso em: 10 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Ministério das Comunicações e o Ministério da Ciência e Tecnologia. Comitê Gestor da *Internet* no Brasil. **Práticas de Segurança para Administradores de Redes Internet**. Disponível em: <http://www.cert.br/docs/seg-adm-redes/>. Acesso em: 10 out. 2012.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou tutela do discurso do ódio? Uma controvérsia entre Alemanha e os EUA. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação**: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 179-194.

BUSATO, Paulo César. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos de Direito Penal brasileiro**. Curitiba: [s.n.], 2012.

\_\_\_\_\_; MONTES HUAPAYA, Sandro. **Introdução ao Direito Penal**: fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CANCIO MELIÁ, Manuel. "Direito Penal" do inimigo? In: JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 71-118.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais**. Portugal: Coimbra Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPELLARI, Eduardo. A tecnologia, o Direito e a solidariedade. In: ROVER, Aires José (Org.). **Direito, sociedade e informática**: limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 35-48.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet**: reflexões sobre a *Internet*, os negócios e a sociedade. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

\_\_\_\_\_. **A sociedade em rede – A era da informação**: economia, sociedade e cultura. São Paulo: Paz e Terra, 2009. v. 1.

CASTEL, Robert. **A discriminação negativa: cidadãos ou autóctones?** Tradução Francisco Morás. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

CHEQUER, Claudio. **A liberdade de expressão como direito fundamental prima facie**: análise crítica da proposta de revisão ao padrão jurisprudencial brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas**: liberalismo e ordem global. Rio de Janeiro: Bertrand, 2006.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal**: parte geral. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da Internet**. São Paulo: Saraiva, 2000.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal**: curso completo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COSTA, Mônica. *Bullying* um mal que pode ser reparado. **Revista Raça Brasil online**, [s.d.]. Disponível em: <<http://racabrasil.uol.com.br/cultura-gente/101/artigo25021-1.asp>>. Acesso em: 10 out. 2012.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Angel. **Manual de Derecho Informático**. 9. ed. Navarra: Aranzadi, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**: possibilidades e limites. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrine; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Liberdades públicas**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1978.



FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1-2.

FERRIGOLO, Noemi Mendes Siqueira. **Liberdade de expressão** – direito na sociedade de informação: mídia, globalização e regulação. São Paulo: Editora Pilates, 2005.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal** – parte geral: questões fundamentais – a doutrina geral do crime. Portugal: Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FISS, Owen M. **A ironia da liberdade de expressão**: estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FLORES, Joaquim Herrera. De la libertad y la igualdad. In: SARMENTO, Daniel; IKAMA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 111-145.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Nascimento da biopolítica**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. **Segurança, território, população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integral de justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAMA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 167-189.

FREDERICO MARQUES, José. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.

FRISCH, Wolafgang. Bien jurídico, derecho, estrutura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Barcelona: Macial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, 2007. p. 37-52.

FURLANETO NETO, Mário; SANTOS, José Eduardo dos; GIMENES, Eron Veríssimo. **Crimes na Internet e inquérito policial eletrônico**. São Paulo: Edipro, 2012.

G1 SP. Justiça de SP condena homem por racismo no Orkut. **G1 on-line**, 02 de maio de 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/05/justica-de-sp-condena-homem-por-racismo-no-orkut.html>>. Acesso em: 10 out. 2012.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. **El fraude y la estafa mediante sistemas informáticos**: análisis del artículo 248.2 CP. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005  
HASSEMER, Winfried. Seguridad por intermedio del derecho penal. In: MAIER, Julio B. J. Maier; CÓRDOBA, Gabriela E (Org.). **¿Tiene un futuro el derecho penal?** 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Tradução André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo. Direitos humanos e bio-poder. In: XIV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional de CONPEDI, 2006, Marília/SP. **Anais do XIV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional de CONPEDI**: A

construção do saber jurídico no século XXI. Florianópolis: Fundação BOITEUX, 2005. p. 619-634.

GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GRAY, John. **Isaiah Berlin**. Rio de Janeiro: Difel, 2000.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 2. ed. Niterói: Impetus, 2006.

GRONDONA, Mariano. **Os pensadores da liberdade**: De John Locke a Robert Nozicke. Tradução Ubiratan de Macedo. São Paulo: Mandarin, 2000.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal libertário**. Tradução Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología**. Valencia: Tirant lo blanch, 2001.

\_\_\_\_\_. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Barcelona: Macial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, 2007. p. 95-104.

\_\_\_\_\_. Seguridad por intermedio del derecho penal. In: MAIER, Julio B. J. Maier; CÓRDOBA, Gabriela E (Org.). **¿Tiene un futuro el derecho penal?** 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009. p. 11-52.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Barcelona: Macial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, 2007. p. 179-196.

HIRSCH, Andrew Von. El concepto de bien jurídico y “el principio del daño”. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico**: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Barcelona: Macial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, 2007. p. 37-52.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 2000. (Coleção Os Pensadores).

HOBBSAWM, Eric. **O novo século**. Entrevista concedida a Antônio Polito. Tradução do italiano para o inglês Allan Cameron. Tradução do inglês para o português em cotejo com a edição italiana Claudio Marcondes. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: PASSETTI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

JAKOBS, Gunther. Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo. In: JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 19-48.

\_\_\_\_\_. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedade**. Recopilação Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid: Civitas Ediciones, 2004.

\_\_\_\_\_; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

JC *ON-LINE*. Estudante de direito que ofendeu nordestinos é condenada por racismo. **Jornal do commercio**, 16 de maio de 2012. Disponível em: <<http://jconline.ne10.uol.com.br/canal/mundo/brasil/noticia/2012/05/16/estudante-de-direito-que-ofendeu-nordestinos-e-condenada-por-racismo-42343.php>>. Acesso em: 10 out. 2012.

KANT, Immanuel. **Doutrina do direito**. 2. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

\_\_\_\_\_. **Crítica da razão pura**. Tradução Valério Rohoen e Udo Baldur Moosburguer. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Coleção os Pensadores).

KARAM, Maria Lúcia. **Escritos sobre a liberdade; liberdade, intimidade, informação e expressão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 4.

\_\_\_\_\_. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 69-107.

KOWALTOWSKI, Tomasz. **John von Neumann**: Suas Contribuições à Computação. Contexto histórico. Disponível em: <<http://www.ic.unicamp.br/~tomasz/projects/vonneumann/node2.html>>. Acesso em: 11 mar. 2013.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos, um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

\_\_\_\_\_. **Ensaio sobre a liberdade**. São Paulo: Perspectiva, 1980.

LESSIG, Laurence. **Cultura livre**: como a mídia usa a tecnologia e a lei para barrar a criação cultural e controlar a criatividade. São Paulo: Trama, 2005.

\_\_\_\_\_. **Código 2.0**. Madri: Traficantes de Sueños, 2009.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito**: análise das mazelas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

LIMBERGER, Têmis. Direito e informática: o desafio de proteger os direitos do cidadão. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais, informática e comunicação**: algumas aproximações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 195-225.

LUIZI, Luis. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Tradução Conrado Huber Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACEDO, João Carlos Cruz Barbosa. Algumas considerações acerca dos crimes informáticos em Portugal. In: ANDRADE, Manuel da Costa; NEVES, Rita Castanheira (Org.). **Direito Penal hoje, novos desafios e novas propostas**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 221-262.

MACHADO, Jónatas E. M. **Liberdade de expressão**: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARTÍN, Victor Gomes. Discurso del odio y principio del hecho. In: PUIG, Santiago Mir; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy (Org.). **Protección penal de la libertad de expresión e información, una interpretación constitucional**. Valencia: Tirante lo Blanch, 2012. p. 89-119.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIRÓ LLINARES, Fernando. La oportunidad criminal en el ciberespacio: aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen. **Revista Electrónica de Ciencia y Criminología**, ano 13, v. 13, 2011. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-07.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos artigos 1º a 5º da constituição da república federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 1997.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito Penal e controle social**. Tradução Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_; GARCIA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal, parte general**. 7. ed. Valência: Tirant lo blanch, 2007.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em defesa da honra**: doutrina, legislação e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 20 set. 2012.

OLIVEIRA, Daniela Beppler de. *Internet e informatização: implicações no universo jurídico*. In: ROVER, Aires José (Org.). **Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 119-123.

\_\_\_\_\_. **Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 21 de dezembro de 1965**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/discriminacao.htm>>. Acesso em: 01 out. 2012.

OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de. Delitos informáticos – resposta penal? In: CARVALHO, Saulo de (Org.). **Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 95-118.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2000.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Apelação Crime n. 664.486-6**. Relator: Luiz Osorio Moraes Panza. Curitiba, 24 de março de 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19425725/apelacao-crime-acr-6644866-pr-0664486-6-tjpr>>. Acesso em: 10 out. 2012.

PASSETTI, Edson. Atualidade do abolicionismo penal. In: PASSETTI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 13-33.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 8. ed. Madri: Tecnos Editora, 2003.

PEREIRA, Josecleto Costa de Almeida. A sociedade da informação e o mundo do trabalho. In: ROVER, Aires José (Org.). **Direito e Informática**. Barueri: Manole, 2004. p. 49-55.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte especial (artigos 121 a 234)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PINHEIRO, Reginaldo César. Os crimes virtuais na esfera jurídica brasileira. **IBCCrim**, São Paulo, ano 8, v. 101, p. 18-19, abril 2001.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos: perspectivas global e regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAMA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. Direito internacional dos direitos humanos e igualdade étnico-racial. In: BRASIL. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da república – SEPPIR. **Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial**. Coordenação Flávia Piovesan e Douglas de Souza. Brasília: SEPPIR, 2006. p. 19-58.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos e princípio da dignidade humana. In: LEITE, Sérgio Salomão (Org.). **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 180-197.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PLATÃO. **A república**. Tradução Enrico Corvisieri. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 2000. (Coleção Os Pensadores).

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PRAGMATISMO POLÍTICO. Racistas da *Internet* disseminam ódio mas recuam sob pressão: é dever denunciá-los. **ABPN**, 19 de setembro de 2011. Disponível em: <[http://www.abpn.org.br/index.php/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1132:racistas-da-internet-disseminam-odio-mas-recuam-sob-pressao-e-dever-denuncia-los&catid=1:noticias&Itemid=24&lang=en](http://www.abpn.org.br/index.php/index.php?option=com_content&view=article&id=1132:racistas-da-internet-disseminam-odio-mas-recuam-sob-pressao-e-dever-denuncia-los&catid=1:noticias&Itemid=24&lang=en)>. Acesso em: 10 out. 2012.

RABOSSI, Eduardo. Derechos humanos: el principio de igualdad y la discriminación. In: GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Org.). **El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario**. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007. p. 163-197.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RAMONET, Ignácio. **Geopolítica do caos**. Petrópolis: Vozes, 1998.



RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REINALDO FILHO, Demócrito. **Racismo na Internet**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29348-29366-1-PB.htm>>. Acesso em: 10 out. 2012.

RODRIGUES, Benjamim Silva. **Direito Penal parte especial, Tomo I: Direito Penal informático-digital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 2000. (Coleção Os Pensadores).

ROVER, Aires José (Org.). **Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Tradução Luís Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. Tradução Ana Paula dos Santos Luis Natsheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo. Lisboa: Vega, 1998.

\_\_\_\_\_. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Barcelona: Macial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, 2007. p. 443-458.

SAAVEDRA, Rui. **A proteção jurídica do software e a Internet**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998.

SABA, Roberto. (Des) igualdad estructural. In: GARGARELLA, Roberto; ALEGRE, Marcelo (Org.). **El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario**. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007. p. 163-197.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1995.

SANTOS, Chritiano Jorge. **Crimes de preconceito e de discriminação, análise jurídico-penal da Lei n. 7.716/1989 e aspectos correlatos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. **A liberdade individual, a violação da privacidade via Internet e seus aspectos criminais**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2002.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional e igualdade étnico-racial. In: BRASIL. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da república – SEPPIR. **Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial**. Coordenação Flávia Piovesan e Douglas de Souza. Brasília: SEPPIR, 2006. p. 59-108.

SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Barcelona: Macial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, 2007. p. 197-266.

SERBENA, Cesar; CELLA, José Renato Graziero. A lógica deôntica paraconsistente e os problemas jurídicos complexos. In: VI Congresso Brasileiro de Filosofia, 1999, São Paulo. **Apresentação no VI Congresso Brasileiro de Filosofia na Universidade de São Paulo**. Disponível em: <[http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo\\_29.pdf](http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_29.pdf)>. Acesso em: 15 nov. 2012.

SILVA, Liberto. Banda nazista prega racismo abertamente na *Internet*. **Centro de Mídia Independente**, 28 de dezembro de 2002. Disponível em:

<<http://www.midiaindependente.org/pt/red/2002/12/44252.shtml>>. Acesso em: 10 out. 2012.

SILVA, Tadeu Antonio Dix. **Liberdade de expressão e Direito Penal no estado democrático de direito**. São Paulo: IBCCrim, 2000.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel Sarmento; IKAMA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferenças e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRUCK, Jean-Philip. Polícia prende dois suspeitos de praticar racismo na *Internet*. **Diário da Polícia Federal**, 23 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.dpf.gov.br/agencia/pf-na-midia/jornal/2012/marco/policia-prende-dois-suspeitos-de-praticar-racismo-na-internet>>. Acesso em: 10 out. 2012.

TAVARES, Juarez E. X. **Bien jurídico y función en Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11/07/1984 e com a constituição federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VALIN, Celso. A questão da jurisdição e da territorialidade nos crimes praticados pela *Internet*. In: ROVER, Aires José (Org.). **Direito, sociedade e informática**: limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p. 115-117.

VASCONCELLOS, Fernando Andreoni. **O conceito de derrotabilidade normativa**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

VICO MAÑAS, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIEIRA, Jair Lot. **Crimes na Internet**: interpretados pelos tribunais, repertório de jurisprudência e legislação. Bauru: Edipro, 2009.

VIEIRA, Listz. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro, Record, 1998.

VILHENA VIEIRA, Oscar. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WITTIG, Petra. Teoría del bien jurídico, harm principle y delimitación de âmbitos de responsabilidade. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). **La teoria del bien jurídico**: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Barcelona: Macial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. Madrid, 2007. p. 341-347.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**: parte geral. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

\_\_\_\_\_; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.